



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UnICEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

Curso de Direito

ANDRÉ CAMBUY ÁVILA

**A PROTEÇÃO JURÍDICA DA POSSE COM FUNÇÃO SOCIAL DE BEM PÚBLICO
NO DIREITO BRASILEIRO**

BRASÍLIA

2016

ANDRÉ CAMBUY ÁVILA

**A PROTEÇÃO JURÍDICA DA POSSE COM FUNÇÃO SOCIAL DE BEM PÚBLICO
NO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Júlio César Lérias Ribeiro

BRASÍLIA
2016

ANDRE CAMBUY ÁVILA

**A PROTEÇÃO JURÍDICA DA POSSE COM FUNÇÃO SOCIAL DE BEM PÚBLICO
NO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. Júlio César Lérias Ribeiro

Brasília, _____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Júlio César Lérias Ribeiro
Prof. Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

RESUMO

A pesquisa visa compreender a tutela possessória do particular que ocupa bem público sem prévia autorização estatal e sua eventual proteção. Propõe a reflexão da influência das teorias da justiça no exame do fato jurídico. Analisa a função social como princípio de direito e seu reflexo no ordenamento. Visualiza a compreensão da posse a partir de sua função social, tendo como pressuposto as teorias sociológicas. Considera que a ocupação de particular sobre bem público dominical, enquanto não utilizado pelo Estado, atende sua função social a depender do caso concreto. Afirma que a posse sobre bem público pode ser meio de acesso à garantia de direitos fundamentais básicos, como a moradia e o trabalho. Analisa a possibilidade jurídica da posse na Constituição Federal de 1988, Código Civil de 2002 e legislação correlata. Apresenta estudo dos julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que tratam do tema, tanto sobre argumentos favoráveis quanto contrários à tese levantada.

Palavras-chave: Posse, bem público, função social, justiça social, teorias sociológicas da posse.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
CAPÍTULO I – A DOUTRINA DA FUNÇÃO SOCIAL E TEORIAS DA POSSE.....	08
1.1 – Função Social e Teorias de Justiça.....	08
1.2 – Função Social como Princípio Geral de Direito.....	15
1. 3 – Função Social e Doutrinas de Posse.....	20
CAPÍTULO II – A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE DE BEM PÚBLICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	30
2.1 - Função Social da Posse sobre Bens Públicos e Constituição Federal de 1988.....	30
2.2 – Função Social da Posse sobre Bens Públicos e Código Civil de 2002.....	38
2.3 – Função Social da Posse sobre Bens Públicos e Legislações Especiais.....	45
CAPÍTULO III – A ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE DE BEM PÚBLICO NO ÂMBITO DO DIREITO BRASILEIRO.....	53
3.1 – Da Análise dos Argumentos Judiciais Favoráveis no Âmbito do TJDFT.....	54
3.2 – Da Análise dos Argumentos Judiciais Contrários no Âmbito do TJDFT.....	60
CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS.....	69

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da possibilidade jurídica da proteção de posse com função social de bem público, mesmo diante da ausência de prévia autorização por parte do Estado.

Como o advento da Constituição Federal de 1988 a manutenção e desenvolvimento da pessoa humana passaram a ser o foco e o fundamento da atividade estatal. No âmbito político, percebe-se que o Estado se vê obrigado a regularizar extensas áreas públicas que se encontram ocupadas por longos anos, com acentuado desenvolvimento urbanístico e particularização consolidada, ainda que tenha ocorrido ao contrário da ordem urbanística.

Dada a relevância jurídico social do tema, coloca-se como problema central desta pesquisa: é possível na interpretação do direito positivo brasileiro a proteção da posse de bem público?

A hipótese responde afirmativamente ao problema proposto, conforme argumentação jurídica a ser desenvolvida nos capítulos desta monografia.

No capítulo primeiro capítulo, será examinado às teorias de justiça que influenciaram o sistema normativo vigente, com ênfase à justiça social e seus reflexos na interpretação jurídica do fato. Em seguida, será apresentado o conceito de função social, como princípio geral de direito e vetor interpretativo das normas jurídicas. Finalizando o primeiro capítulo, será apresentado o instituto jurídico da posse, com ênfase nas teorias sociológicas, sua conformidade e aplicação atual e as diferenças às teorias clássicas, subjetiva de Savigny e objetiva de Ihering.

Assentada essas premissas, o capítulo II abordará acerca da existência de possibilidade jurídica de proteção da posse. Será demonstrado como a Constituição Federal dá destaque ao trabalho e a moradia e acerca da ocupação de bens públicos pelo particular. Por sua vez, será apresentada a função social da posse e sua previsão no Código Civil de 2002, e a influência da função social em seus dispositivos. Por fim, será dada atenção especial atenção a legislação mais recente a respeito da posse irregular sobre bem público, o qual tem admitido sua defesa quando presentes determinados requisitos que refletem sua função social.

No capítulo III, serão expostos os argumentos utilizados em julgados no

âmbito da justiça local, no qual constarão o deferimento ou indeferimento da proteção jurídica da posse com função social de bem público

No deferimento, observar-se-á a relevância da segurança jurídica e o reconhecimento dos direitos fundamentais. No indeferimento, todavia, constatar-se-á a desproteção da posse sob o argumento que sua tutela somente pode ser deferida a seu legítimo proprietário, no caso, o Poder Público. Considerar-se-á ainda que o acesso aos direitos fundamentais será realizado por intermédio de políticas públicas e não na mera ocupação de bens públicos.

O marco teórico desta pesquisa diz com a doutrina do direito civil contemporâneo, especialmente relativa aos direitos reais.

Na busca em afirmar que existe obrigação legal em respeitar a posse alheia, presentes os pressupostos constitucionais e legais, o presente trabalho utilizar-se-á essencialmente do método bibliográfico e documental.

CAPÍTULO I – A DOCTRINA DA FUNÇÃO SOCIAL E TEORIAS DA POSSE

No capítulo primeiro capítulo, será examinado às teorias de justiça que influenciaram o sistema normativo vigente, com ênfase à justiça social e seus reflexos na interpretação jurídica do fato. Em seguida, será apresentado o conceito de função social, como princípio geral de direito e vetor interpretativo das normas jurídicas. Finalizando o primeiro capítulo, será apresentado o instituto jurídico da posse, com ênfase nas teorias sociológicas, sua conformidade e aplicação atual e as diferenças às teorias clássicas, subjetiva de Savigny e objetiva de Ihering.

1.1 Função Social e Teorias de Justiça

Antes de tratar dos conceitos de posse e as suas mudanças ao longo do tempo, mostra-se indispensável discorrer acerca das teses filosóficas que tiveram forte influência no sistema normativo brasileiro.

O fim de toda a ordem jurídica deve contemplar a justiça. Este é também o significado fundamental do vocábulo direito (MONTORO, 2000, p. 123). A análise acerca da justiça nessa pesquisa se concentrará no efeito irradiador interpretativo da justiça social, tendo como um de seus principais teóricos John Rawls.

A justiça pode ser identificada, no conceito clássico, como uma virtude em assegurar a cada um o seu direito (*jus suum cuique*), sendo assim denominada justiça subjetiva, pois exige uma atitude de respeito para com outros, impõe uma qualidade de dar ou deixar aos outros aquilo que lhes pertencem de direito (MONTORO, 2000, p. 125). Hervada (2006, ps. 22 e 23) defende que esse conceito é tão prático que continua presente nos trabalhos dos juízes e demais juristas e tem como alvo a paz social.

Essa acepção não congrega apenas uma virtude própria de uma pessoa, mas também acompanha seus reflexos na ordem social, quando as instituições organizadas assumem o papel do indivíduo, garantindo a cada um o que lhe é devido. Diz-se assim que a justiça sucede o direito (HERVADA, 2006, p. 25).

A experiência, por sua vez, demonstra que não basta apenas dar a outrem o

que lhe é devido, mas a dinâmica da vida social adverte que isso deve ser feito segundo uma relação de igualdade. Não é incomum dizermos quando as coisas estão adequadas ou igualadas, que elas estão “ajustadas” (MONTORO, 2000, p. 135).

Mas o que significa essa igualdade na convivência social? Os homens são diferentes por diversas razões, mas todos devem ter a mesma natureza e dignidade fundamentais, desde o mais proeminente, pelas suas conquistas pessoais, até o mais humilde, participante da vida em comunidade.

O significado básico que a justiça social impõe é que os iguais sejam tratados igualmente e os desiguais desigualmente na medida de suas desigualdades (VENOSA, 2010, p. 214). Verifica-se aqui as particularidades das pessoas, pois em algumas situações, essas definirão um quadro desigual, que se refletirão inevitavelmente numa situação injusta.

Essa ideia e a sua importância está presente na célebre Oração aos Moços, de Rui Barbosa (2014, p. 43), quando menciona que *de nada aproveitam as leis, bem se sabe, não existindo quem as ampare contra os abusos; e o amparo sobre todos essencial é o de uma justiça tão alta no seu poder, quanto na sua missão.*

Com o desenvolvimento da chamada justiça distributiva, as atenções se voltavam a constatação que os bens e os encargos devem se repartidos entre todos (NADER, 2011, p. 111), isto é, assegurar aos membros da coletividade a uma participação equitativa na repartição do bem comum (MONTORO, 2000, p. 174).

Os critérios para repartir e conferir essa parcela do bem comum ao particular, além de ser definido pelo regime social e político, deve observar as particularidades de cada pessoa, por isso, diz-se que ela tem como fim assegurar uma igualdade proporcional ou relativa.

Como bem pontua Montoro (2000, p. 182), citando Delos, que o objetivo aqui não é prover as pessoas de uma soma de dinheiro, serviços, atos, uma faixa de terra. É assegurar, por meio de *condições sociais*, que todos os membros venham a ter uma vida plenamente humana.

A certeza a que se dá é que, faltando esses critérios, tais membros não poderiam participar igualmente nas relações sociais. Por isso, todos são iguais perante a lei, mas se confere uma proteção especial aos mais necessitados, sem os quais, não poderiam ser

considerados iguais.

Ressalte-se que a justiça distributiva impõe analisar o fato jurídico social de acordo com as suas particularidades contextualizadas, propondo uma igualdade própria, na linguagem de Michael Wazer, uma igualdade complexa, que exige *uma diversidade de critérios distributivos que expresse a diversidade de bens sociais* (LOPES, SAMPAIO, 2013, p. 52).

Para Venosa (2010, p. 215) a justiça social será, na maioria das vezes, uma justiça distributiva, pretendendo transcender os direitos individualistas, “dando ênfase a responsabilidade solidária dos membros da sociedade e do Estado para os menos favorecidos”.

A ideia da justiça social (ou distributiva) foi alvo de atenção para vários teóricos, que passaram a desenvolver seus fundamentos com base nessa ideia central.

Nesse passo, Gustav Radbruck, teórico alemão, iniciou sua análise partindo da ideia que para se determinar o que é bom ou justo faz-se necessário, antes, reconhecer um princípio material. Atuação justa seria uma *adequação a um modelo de conduta*, correspondente a satisfazer ao máximo o bem comum. Logo percebeu que a justiça perpassava necessariamente por uma questão ética (KAUFMAN, 2004, p.244).

Radbruck procurou sistematizar a teoria do direito a partir de uma concepção material de justiça, sendo, por isso, considerado um marco indispensável na discussão desse tema (KAUFFMAN, 2004, p.249). Para ele, a justiça se torna realizável quando existe uma adequação a determinados fins. Essa ideia-fim é sistematizada pela ética.

Ora, a ordem sempre foi uma necessidade humana de qualquer época e lugar. O homem para viver em sociedade deve restringir parte de sua liberdade a um agir moral aceitável, conduzir suas escolhas com o fim de promover e fortalecer essa associação, o que significa a busca pelo bem comum.

Para Radbruck (KAUFMANN, 2004, p. 150), os fins e valores de uma sociedade podem ser sintetizados em três grupos que, em conjunto, conformam o direito: personalidade individual, personalidade coletiva e obra cultural.

Importante atentar, como se pode inferir, que esses três grupos não estão em harmonia preestabelecida e recíproca, ao contrário, se contrapõem em diversos aspectos. Mas,

para ele, somente com a atuação conjunta desses seria capaz de alcançar o *bem supremo* ou universal. (KAUFMANN, 2004, p. 251)

Interessante que a ética clássica preocupava-se também com a construção de um bem universal, que baseava-se no princípio da “vida boa”, “felicidade”, ou “bem agir”, ainda que para doutrina tomista, desde Aristóteles, esses fatores significavam a mesma coisa. Para alcançar a felicidade pretendida era necessário a prudência, conforme o parênquima que simplifica essa ideia: “Faz o bem, evita o mal”. O que é o bem, que alcança a felicidade, foi o tema dos estudiosos posteriores. (KAUFMANN, 2004, p. 254)

Por sua vez, Kant estabeleceu uma alteração importante nesse modo de pensar ao entender que esse *bem supremo* não se trata de uma instância exterior ao indivíduo, mas algo que reside em todas as pessoas, daí o seu caráter universal. Age bem a pessoa que cumpre o seu dever. A conduta deve ser pautada a partir de um pressuposto pessoal - *trates a humanidade tanto na tua pessoa como na pessoa de cada um dos outros* (KAUFMANN, 2004, p. 255). Kant assim entendeu que esse objetivo deve se voltar na busca da *perfeição própria* e da *felicidade alheia*.

Desse modo, parte da filosofia a começou a compreender que a *felicidade alheia* era um elemento fundamental na busca do bem supremo, na regulação justa da sociedade pelo direito.

Sabe-se que a felicidade tem um caráter mais íntimo, pessoal (felicidade para uns é assistir a um jogo de futebol; para outros é ler Platão, como exemplifica brilhantemente KAUFMANN, 2004, p. 271) enquanto que as causas comuns de infelicidade, como a miséria, falta de oportunidades, desemprego, entre outros teriam um caráter mais universal, portanto, realizável quando se pensa num projeto de justiça. Essa corrente passa a refletir como é possível prevenir a *infelicidade* do maior número de pessoas.

Nesse sentido de justiça até aqui abordado, John Rawls se destacou e introduziu o chamado princípio ético da prioridade, segundo o qual, as pessoas menos infelizes devem dispor do argumento decisivo de prioridade. Enquanto cada um pode promover a felicidade conforme o entenda, o esforço prioritário deve ser voltado a reduzir a infelicidade. Ao fazer isso, as instituições atuam com justiça por excelência (RICOER, 1995, ps. 61-63).

A conduta deve ter como parâmetro fazer o bem comum de tal modo que o

sofrimento seja eliminado, ou ao menos reduzido. Se houver o sofrimento inevitável, que ele seja reduzido ao máximo, ponderando sua parcela a cada membro da sociedade. (KAUFMANN, 2004, p. 272)

Seu trabalho se inicia ao definir justiça como uma relação de equidade. Esta ocorre em um momento inicial, um pressuposto necessário, em que os indivíduos escolhem as noções básicas em que se construirão as estruturas institucionais da sociedade. Assim, Rawls funda sua teoria tendo como premissa o contrato social (os homens se associam, por meio da satisfação do bem comum, alcançando a promoção de sua liberdade — BITTAR, 2000, ps. 161 e 162).

Por isso que refletir sobre a justiça em John Rawls é pensar sobre a noção do justo na atuação das instituições. A razão de ser das instituições sociais é reduzir as causas da infelicidade das pessoas e com isso promover a manutenção da sociedade, por meio de seu pacto social. *Uma sociedade bem estruturada é aquela que tem como objetivo a promoção do bem de seus membros, efetivada por uma concepção pública de justiça.* (RAWLS, 1989, p. 335). Essa é uma das razões pelos quais foi celebrado o contrato social (RECOER, 1995, p. 64).

A primeira ideia importante é que, no momento da celebração do pacto, o que envolve a criação dessas instituições, seus signatários se encontram num momento de igualdade inicial, referido como "o véu da ignorância", pois *as pessoas não têm, sem dúvida, informação sobre indivíduos particulares.* (RAWLS, 1989, p. 160).

Esse momento vem marcado pela liberdade em deliberar sobre quaisquer direitos e deveres. O pacto se estrutura assim em dois princípios básicos, implícitos: o princípio da igualdade e o princípio da diferença. É o equilíbrio entre esses dois que se reproduz o equilíbrio das instituições.

O primeiro define as igualdades, enquanto o segundo corrige as desigualdades geradas pela aplicação do primeiro. Ora, nesse momento inicial não é possível que se disponha sobre todos os efeitos decorrentes da aplicação desses dois princípios. Por isso que, para Rawls, a justiça é uma realidade que se constrói ao longo da história, no curso dos acontecimentos (BITTAR, 2000, p. 212).

Com o tempo, com a aplicação de medidas aptas a assegurar o equilíbrio entre esses, é que se nota que as instituições também promovem a liberdade, reconhecendo

também que se mostra diferente da liberdade primitiva, caso estivessem na natureza.

Para que se possa tornar possível o pacto social, os indivíduos abdicam de alguns direitos fundamentais, mas não de todos. Isso é possível quando os aderentes recebem mais benefícios na celebração do pacto do que se estivessem sem ele. Essa é a noção primordial do princípio da igualdade: permitir que cargos e posições sejam abertos a todos sob condições de igualdade de oportunidades (HELENA, 2008).

Assim, a etapa subsequente a celebração do pacto se concentra acerca das diretrizes básicas da sociedade. Isso se faz isto por meio da elaboração de uma constituição. (BITTAR, 2000, p. 217) A próxima será voltada a respeito da implementação de estruturas que visam bem-estar da sociedade por meio da justiça social, com a ideia básica que *a sociedade terá que conceder maior atenção aos que tiverem menos dons naturais e aos que nascerem nas posições sociais menos favorecidas* (RAWLS, 1989, p. 96).

É importante atentar a equivalência que esses dois princípios devem manter. O princípio da igualdade mantém as liberdades individuais, constitui em verdade uma realidade de proteção. O segundo garante que o primeiro não se trate apenas de um princípio formal, condicionado ao campo das ideias, mas se regulará de acordo com as necessidades, mudanças sociais e desigualdades que a capacidade humana estaria limitada a prever, reconhecendo que sejam aceitas desigualdades que maximizem as expectativas dos grupos menos afortunados, assegurando um mínimo social (HELENA, 2008.)

A aplicação por igual desses dois princípios é que confirma a realização da justiça ao longo do tempo, pois se identifica as desigualdades naturais e procura corrigi-las. Assim, a pergunta que se faz nesse modelo não é se a distribuição das liberdades é feita de modo justo ou injusto, mas se as instituições são capazes de suprir as diferenças que impedem o exercício desses direitos.

Rawls comenta que a ideia de uma exclusiva responsabilidade individual não é um caminho viável e necessário a construção da justiça, visto que *é problemática, pois seu caráter depende largamente da família privilegiada e das circunstâncias sociais, pelos quais não tem mérito*. (1989, p. 98) Logo, a promoção da justiça social deve ser uma responsabilidade compartilhada solidariamente por todos os membros da sociedade, com a constatação básica que *não temos a ganhar como o trabalho de cooperação alheia, sem prestar nossa equitativa colaboração* (1989, p. 103).

Nessa situação, o menos favorecido estaria ciente que sua situação retira a máxima vantagem das desigualdades do que se percebe. No caso do mais favorecido, seria convencido que sua perda relativa é compensada pela cooperação dos demais, pois, de outro modo, seu privilégio relativo estaria ameaçado (RECOER, 1995, p. 76).

A legislação, como um mecanismo próprio das instituições, poderá, em função do segundo princípio, conferir certas desigualdades a uma situação, grupo ou classe de indivíduos para, em última medida, assegurar que as demais instituições garantem as liberdades de todos.

É, nesse sentido, a efetivação de uma realidade democrática, na promoção da igualdade, pautada nos princípios da justiça, *no qual terra e capital sejam possuídos amplamente, embora não de maneira presumivelmente igual*. (RAWLS, 1989, p. 218)

O fim comum que se alcança com essas medidas é a estabilidade das instituições, garantida pelas leis e constituição. A obediência a essas normas, nesse modelo, passa a ser um ato de garantia de liberdade a todos os membros da sociedade e não apenas de alguns que alcançaram uma certa posição.

Em suma, o que se observa na teoria de Rawls é que quando as instituições deixam de atender as demandas sociais, a correção das desigualdades necessárias, acabam por diminuir a liberdade das pessoas. A distribuição injusta dessa atenção gera instabilidade, conflito e desordem.

Justiça para Rawls não era um conceito estático, mas plenamente mutável, na medida em que atende aos dois princípios primários, assegurando a perpetuação da comunidade, posto que os cidadãos agirão para *defender um regime constitucional justo* (RAWLS, 2003, p. 282).

Nesse sentido, procurarei demonstrar como a preocupação por uma justiça mais social, e por sua vez menos individualista, tem sido o alvo preponderante das novas teorias acerca da posse e o posicionamento do legislador, cada vez mais voltado a dar mais que a costumeira atenção às questões sociais, visando gradativamente atender o comando constitucional de erradicar a pobreza e a marginalização (inciso III, art. 3º).

1.2 Função Social como Princípio Geral de Direito

Para se compreender a influência da função social no ordenamento jurídico brasileiro, antes será preciso assentar alguns conceitos doutrinários da propedêutica e a natureza jurídica da função social.

Norberto Bobbio (2001, ps. 23-25) identifica as normas jurídicas como regras de conduta, pelos quais se conformam o sistema normativo, formando o direito de um país.

Luís Roberto Barroso (2011, p. 212) comenta que normas jurídicas *são prescrições, mandamentos, determinações que, idealmente, destinam-se a introduzir a ordem e a justiça na vida social*. Podem se apresentar pelo costume, pela lei e pela decisão judicial.

Humberto Ávila (2012, ps. 33 e 34), porém, diferencia norma jurídica de dispositivo legal. Comenta que no ordenamento pode-se encontrar norma sem dispositivo, dispositivo sem norma, um dispositivo em que se abstrai várias normas e mais de um dispositivo em que se constrói apenas uma norma. Demonstra que não há correspondência necessária e suficiente entre norma e dispositivo.

Assim, entende que norma jurídica não é o texto legal, ou o conjunto deles, mas a *interpretação sistemática* que se constrói a partir do dispositivo (AVILA, 2012, p. 33).

Assentada essa premissa, percebe-se que a norma jurídica pode variar no tempo de acordo com a interpretação se dá ao dispositivo em estudo, ainda que inalterado sua estrutura linguística, o que Hard (2007, p. 141) irá chamar, acertadamente, de *textura aberta* das normas.

Betioli (2014, p. 186) explica que norma jurídica se apresenta no ordenamento ora sob a forma de regras, ora sob a forma de princípios. É interessante que conforme se classifica determinado dispositivo em norma-princípio ou norma-regra, a sua interpretação altera-se.

A definição consensual sobre o que vem a ser princípio é uma das “tantas missões impossíveis da teoria do direito” na linguagem de Dimitri Dimoulis (2011, p. 183). O autor menciona que nesse campo é possível dividir as definições existentes em duas correntes: a *qualitativa*, que se destaca pelas fortes diferenças entre princípios e os demais elementos normativos; e a *quantitativa*, que adotam definições mais genéricas, que realçam seu caráter

vago, aberto, impreciso.

Bulos (2007, p. 71) comenta que a palavra deriva do latim *principium*, que significa “um som, uma voz que projeta a ideia de pressuposto, começo origem, início, ponto de partida”. Ao transferir para o campo jurídico, pode-se entender princípio como um enunciado lógico extraído dos diversos dispositivos que constitui o ordenamento, que conferem ao sistema coesão e coerência.

Constatando que os princípios possuem esse caráter mais impreciso, o autor português Paulo Ferreira da Cunha (1993, p. 313) entende que a ideia de uma norma-princípio está ligada a noção imprecisa de justiça e finalidade. A norma principiológica traz em seu conteúdo um fim a ser alcançado, sem delimitar o meio pelo qual a este se alcança – como a paz social e a ordem.

Em outro contraponto, as regras são identificadas como sendo o oposto. Seu conteúdo dotado de maior precisão e delimitação, impõe uma obrigação facilmente apreendida pela conduta, pois, satisfeitos seus pressupostos, *ordenam, proíbem, autorizam ou permitem algo de forma definitiva* (ALEXY, 2009, p. 85).

Mas esse critério básico não se mostrou eficaz no exame dos dispositivos legais. É nesse sentido que Robert Alexy “institui a distinção entre regras e princípios, que na essência, é a mesma de Dworkin” (BONAVIDES, 2014, p. 283). A partir da leitura que esses autores fizeram a respeito do fenômeno, a doutrina costuma elencar quatro critérios de diferenciações entre regras e princípios (BETIOLI, 2014, ps. 188 a 192).

O primeiro deles, trata a respeito critério hipotético-condicional, que proclama que as regras possuem uma hipótese e uma consequência, predeterminando a decisão da conduta a ser considerada. Ao contrário, os princípios não tecem a esses detalhes, apenas indicam o fim a que se pretende alcançar, não definindo uma conduta específica para se chegar ao resultado esperado.

O critério pelo modo de aplicação, por sua vez, afirma que as regras ou são aplicadas ou são afastadas do fato analisado, aplicação conhecida como *regra do tudo ou nada*. Nos princípios, não cabem esse completo afastamento, pois se admitem sua aplicação em maior ou menor grau. Ainda que relativizado, o princípio pode manter a sua essência e sua influência no fato jurídico, aplicação que não cabe às regras.

O terceiro critério diz respeito ao modo de solução encontrado quando essas

normas entram em conflito. Havendo conflito entre regras, em virtude de seu conteúdo apresentar maior delimitação, somente se opta por duas vias possíveis: ou a exclusão de uma das regras no sistema, pelo fato da incompatibilidade das duas normas de idêntico conteúdo subsistirem no ordenamento; ou a criação da regra de exceção, restringindo a aplicação de uma delas a um caso não abrangido pelo outro.

O conflito de princípios não invalida um deles, mas impõe a necessidade que seu conteúdo, ou âmbito de incidência, seja reduzido, fazendo prevalecer apenas um deles. Aqui haverá a necessidade de uma ponderação, que significa uma distribuição de pesos, ou graus de importância no caso concreto, por meio do qual um deles deverá ter prevalência sobre o outro.

Diz-se, assim, que os princípios são mandamentos de otimização, isto é, são normas que devido ao grau de generalização relativamente alto, ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes (AVILA, 2012, p. 48).

Diferente desse parâmetro, se uma regra vale, então deve-se fazer exatamente aquilo que ela pretende dispor. (BETIOLI, 2014, p. 192)

Nesse ponto, no que se refere às relações que instituem, os princípios exigem que o estado de coisas pretendido seja realizado na maior medida do possível. Por isso que não constituem mandamentos definitivos mas obrigações *prima facie*, na linguagem de Alexy (Apud BETIOLI, 2014, p. 192). Apresentam razões que podem ser afastadas por outras razões opostas.

Regras, em contrapartida, apresentam obrigações absolutas, que não poderiam ser superadas por normas contrapostas. Se a determinação nelas contidas não falhar (por impossibilidades fáticas ou jurídicas) a norma deverá reger aquilo que a regra prescreve.

Assim, em suma, nota-se que os princípios estipulam fins essenciais que devem ser perseguidos. Devido ao seu grau de generalidade, estabelecem na verdade um estado ideal de coisas que deve ser alcançado na maior medida do possível (AVILA, 2012, p. 50).

É nesse contexto que se apresentam os princípios gerais do direito. Sua importância no ordenamento jurídico tem sido fundamental, dada a sua previsão legal, para suprir lacunas, como se observa no art. 4º do LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/42), no art. 28 do

antigo CPC (Lei nº 5.869/73), no art. 8º da CLT (Decreto-Lei nº 5.452/43).

Para Miguel Reale (2002, p. 304), princípios gerais do direito “são enunciações normativas de alto valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico na aplicação, integração e elaboração de novas normas”.

Nesse contexto, percebemos que o autor admite diferentes funções aos princípios gerais do direito, que não apenas, como referido na legislação, para suprir normas omissas.

Aliás, tamanha é sua importância que o legislador visa lhes conferir força de lei, como se observa no plano constitucional – princípio da isonomia, irretroatividade da lei para proteção de direitos adquiridos, entre outros. (REALE, 2002, p.304).

Suas origens podem ser diversas, porque reúnem exigência de *ordem técnica, política ou de caráter técnico*. São nos princípios gerais do direito que encontramos as normas de direitos fundamentais, como a intangibilidade do ser humano (REALE, 2002, p. 305). Na verdade, a inserção dos princípios gerais do direito no ordenamento não ocorre apenas pela atividade do legislador mas, sobretudo, e, mais frequentemente, pela atividade jurisdicional e a formação de precedentes judiciais, assim como por meio dos usos, costumes e prática dos atos negociais. (REALE, 2002, p. 306).

Isso porque, conforme explica o Marco Antônio Lima Berberi (2003, p. 119) os princípios “vêm antes da ordem jurídica, pois residem em uma dimensão anterior. Estão no seio da sociedade que determinou o surgimento da ordem jurídica que é permeada e fundada nos princípios, por ela consagrados”.

Ora, cabe aos princípios estabelecerem os fundamentos sobre o qual se constrói a ordem jurídica, da qual os demais elementos normativos não podem contrariar. Por isso que assiste razão a denominação de *vigas mestras* ou *alicerces do edifício jurídico*. (REALE, 2002, p. 316)

Os princípios carregam em si uma carga histórica de vital importância, pois sua observância evita que haja retrocesso social para o período em que eles foram sintetizados, a partir de valores fundamentais pelos quais foi fundada a sociedade civil organizada (BERBERI, 2003, p. 119).

De fato, lembra Paulo Bonavides, citando Domenico Farias (2014, p. 279),

que os princípios são a *alma e fundamento de outras normas*, pois são a partir dos princípios gerais do direito que as outras normas são construídas.

É por essa razão que Reale (2002, p. 316) explica que “o Direito é a experiência desenvolvida pela razão e a razão é provada pela experiência, residindo a sua parte vital nos princípios e não nas regras”.

O destaque especial que esse trabalho trará é na influência interpretativa que os princípios alcançam nas demais normas. Bonavides (2014, p. 280) explica inclusive que é nesse campo que se apresenta a *fecundidade dos princípios*, pois o jurista para interpretar corretamente a norma deve fazer uso dos parâmetros básicos contidos nos princípios.

Assentado esse ponto, passarei ao estudo da função social.

Pode-se definir função a partir de sua raiz latina *functio*, como sendo um “complexo de atividades peculiares à consecução de dado objetivo lícito” (SIDOU, 2003, p. 405). Desse conceito nota-se que função está relacionado à realização de um conjunto de atividades visando atingir um fim específico.

Daí se depreende que *função social* pode ser identificada como uma nova perspectiva do ordenamento em que as “situações jurídicas patrimoniais” são analisadas pelo critério das demandas “existenciais” (TEPEDINO, 2013, p. 257).

Não é outra a definição que Maria Helena Diniz, citando Sílvio de Macedo (1998, p. 231), propõe, sob o enfoque da sociologia jurídica, como sendo “atividades ou papéis exercidos por indivíduos ou grupos sociais, como o escopo de obter o atendimento de necessidades específicas”.

Tal é a sua importância que o ordenamento prevê, no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), que o juiz deve atender, na aplicação da lei, “aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Quais são as atividades que poderiam beneficiar a coletividade? Como elas deveriam ser aplicadas? São perguntas que não admitem apenas uma resposta definitiva. Percebe-se assim que função social não se trata de uma regra jurídica, mas de uma norma principiológica, de conteúdo amplo, que visa conferir um estado de coisas em que beneficiem a todos, que favoreça o bem comum, em homenagem ao princípio constitucional da dignidade

humana, a construção de uma sociedade livre justa e igualitária e a diminuição das desigualdades sociais (TEPEDINO, 2013, p. 265).

A análise da função social sobre o feixe de institutos clássicos do direito civil, como a empresa, família, contratos e, sobretudo, a propriedade, deixam de ser imunes ao microcosmo para permitir a incidência da promoção existencial e do pleno desenvolvimento da personalidade (TEPEDINO, 2013, p.258).

Esse tema tem ganhado destaque recentemente, em que a demanda por recursos mostra-se muito superior aos tempos de outrora, tendo em vista que esses se mostram cada dia mais escassos, sendo o panorama de crescentes conflitos e desavenças. Temas como uso social da propriedade, uso racional dos recursos hídricos e proteção dos bens naturais para as futuras gerações são alvos de preocupação coletiva, sendo questão recorrente na mídia.

Nessa perspectiva, diversos institutos clássicos do direito estão passando por uma revisão, tendo sua análise a partir do critério da função social, como Explica Paulo Luiz Netto Lôbo, em comentário a constitucionalização do direito civil (1999):

A função social é incompatível com a noção de direito absoluto, oponível a todos, em que se admite apenas a limitação externa, negativa. A função social importa limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito. Lícito é o interesse individual quando realiza, igualmente, o interesse social. O exercício do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido da utilidade não somente para si, mas para todos. Daí ser incompatível com a inércia, com a inutilidade, com a especulação.

1.3 Função Social e Doutrinas De Posse

Definir o que é posse nunca foi tarefa das mais simples, visto que o instituto ora se assemelha a outras figuras jurídicas, ora se apresenta com características particulares de difícil precisão e classificação. É nesse sentido Viada Lopez Puiggrerver expressou que “nenhuma rota mais incerta e mais inquietante existe para o jurista do que a do possessório” (Apud RODRIGUES, 1996, ps.15 e 16).

Daí que ao longo da história não foram poucas as teorias que surgiram para explicar o fenômeno e o reconhecimento de diversos estudiosos a respeito de seu caráter controvertido e enigmático (RODRIGUES, 1996, p. 17).

Porém, ainda que haja dificuldades na sua conceituação, a posse encerra uma característica muito prática e comum na sociedade, sem o qual a convivência entre as pessoas se tornaria inviável - o estado de aparência. Ilustra brilhantemente Venosa (2008, p. 25):

“A cada instante, defrontamos com situações aparentes que tomamos como verdadeiras e corretas. Assim não investigamos se cada empregado de um estabelecimento bancário possui relação de trabalho com a instituição para nos dar quitação a pagamento que efetuamos; não perguntamos ao professor que adentra a sala de aula e inicia sua preleção se ele foi efetivamente contratado pela escola para essa função; não averiguamos se o motorista que dirige o táxi ou ônibus que utilizamos é habilitado, e assim por diante”.

Trata a posse de um vínculo material com a coisa que dispensa requisitos essenciais, sendo sua exteriorização no mundo fático elemento imprescindível que interessa ao direito (MIRANDA, 2000, p. 30). “É a efetividade sobre o bem prescindindo das suas formalizações”, acentua Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2013, p. 60).

A palavra posse, por sua vez, pode significar o mero poder fático, ainda que não exercido, como também o conjunto de “direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções que se irradiam da posse, isto é, daquele mesmo poder fático”, como ensina Pontes de Miranda (2000, p. 101).

A relação entre posse e domínio é imanente, pois ambos possuem em comum tanto a vontade do homem, como a submissão da coisa. Porém, diferentemente do domínio, a posse é um estado de fato “cuja conformidade com o direito é indiferente”, destaca Antônio Joaquim Ribas, evidenciando sua constatação fática, independentemente de sua classificação jurídica (Apud RIZZARDO, 2012, p. 15).

Desse modo, historicamente a origem da posse é justificada no poder físico do homem sobre a coisa e na sua necessidade de se apropriar dos bens (ROSENVALD; FARIAS, 2013, p. 61).

O filósofo político Rosseau (2011, p. 39) ilustra essa característica na célebre obra *O Contrato Social* ao comentar sobre a constituição da sociedade no pacto social. Quando uma pessoa ocupa um terreno que ainda não se encontra habitado por ninguém, o

utiliza na sua subsistência, e pelo trabalho e cultivo da terra (indicadores de domínio) confere destinação econômica ao bem. A comunidade passa então a legitimar a posse, transformando, assim, o que era em usurpação em direito de propriedade.

Ainda que haja discussões a respeito de seu conceito, certos posicionamentos doutrinários *marcaram época*, com visível influência na legislação específica do fenômeno possessório. De fato, “não há autor contemporâneo que tratando do assunto não tenha analisado as teorias subjetivas e objetivas da posse”, tratadas, respectivamente, por Savigny e Ihering (FACHIN, 1988, p. 25).

Para Friedrich Karl Von Savigny, a posse seria o poder “que a pessoa tem de dispor materialmente a coisa, com a intenção de tê-la para si e defendê-la contra a intervenção de outrem” (Apud ROSENVALD; FARIAS, 2013, p. 60).

Apresenta dois elementos constitutivos: o *corpus* e o *animus*.

O primeiro diz respeito ao controle material sobre coisa, seu poder físico (PONTES, 2002, p. 19), sua apreensão material, que faculta ao possuidor dela imediatamente se apoderar, servir, dispor e excluí-la do poder de terceiros. Não é, todavia, o mero contato corporal, mas a sua disponibilidade física, consistente na possibilidade do indivíduo influir diretamente sobre a coisa de modo independente e afastá-la do poder dos demais (ROSENVALD; FARIAS, 2013, p. 60).

O *animus* constitui um estado psicológico, caracterizado na vontade, no ânimo de possuir a coisa para si (PONTES, 2002, p. 17). Em outras palavras, “é a intenção de exercer sobre as coisas um poder no próprio interesse, ou de exercer o direito de propriedade” (RIZZARDO, 2012, p. 20).

Só haverá posse na conjunção desses dois fatores - o *animus possidendi*, isso porque presente apenas o *animus*, será apenas um elemento interno ao indivíduo; com apenas o *corpus* será apenas um fato material, sem relevância jurídica (RIZZARDO, 2012, p. 20).

Desse modo, se a pessoa possui a disponibilidade física sobre a coisa sem o *animus* de possuí-la, trata-se de mera detenção (ROSENVALD; FARIAS, 2013, ps. 60 e 61). Assim, o locatário, o usufrutuário, o comodatário e outros que apenas fazem uso da coisa em virtude de uma relação jurídica preestabelecida, por lhes faltar o *animus* de possuir.

Para Rosenvald e Farias (2013, p. 61), a doutrina de Savigny equivocou-se ao considerar possuidor apenas como um dos polos da relação jurídica, sem levar em conta suas peculiaridades e os efeitos das relações possessórias que estabelecem com a efetividade do fenômeno.

Porém, acentuam (2013, p. 61) que foi de Savigny o mérito de afastar a constituição da posse a propriedade, conferindo autonomia ao instituto, fazendo merecedor de tutela jurídica, tendo como escopo a proteção à pessoa, manutenção da paz social e estabilização das relações privadas.

Verificando-se como um fato social de irrecusável importância, a posse assume consequências jurídicas, facultando ao agente invocar os interditos possessórios no momento em que for objeto de violação, ainda que não ostente qualquer título de propriedade (ROSENVALD; FARIAS, 2013, p. 62). Assim, a doutrina subjetiva propicia à proteção a posse por considerações de ordem prática (PONTES, 2002, p.19)

Rudolf Von Ihering, assim como Savigny, encontra a base para sua doutrina no direito romano, mas, ao contrário desse, entende que a posse é mero exercício de propriedade (Apud ROSENVALD; FARIAS, 2013, p.62).

Admite também a anterioridade da posse em relação à propriedade, destacando que a posse seria o poder de fato e a propriedade o poder de direito sobre a coisa. Aquele que faz o uso efetivo da propriedade obtém a visibilidade de domínio, pois "a utilização econômica da propriedade tem como condição a posse" (IHERING, 2008, p. 13).

Assim, a justificativa para a proteção jurídica da posse não decorreria da necessidade de evitar a violência, promover a paz, mas visa apenas a defesa imediata da propriedade (ROSENVALD; FARIAS, 2013, p. 62), haja vista que a propriedade e o direito a posse são expressões sinônimas (IHERING, 2008, p. 15).

Desse modo, para a teoria objetiva, a comprovação do fenômeno prescinde do elemento vontade, pois está implícito no poder de fato exercido sobre a coisa. O que importa mesmo é a existência exterior desse poder, restando claro que a distinção entre posse e detenção não pode depender exclusivamente ao arbítrio do sujeito (VENOSA, 2008, p. 36)

Nessa teoria, o *animus* é compreendido como o *affectio tenendi*, isto é, “a vontade de proceder habitualmente faz o proprietário, independente dele querer ser dono”

(SILVA, 2012). Logo, a vontade está incluída no modo como o agente se comporta em relação a coisa, sendo reconhecível para qualquer outra pessoa (DINIZ, 2002, p. 36).

Desse modo, o *corpus* na doutrina de Ihering está na visibilidade da propriedade em seus elementos caracterizadores e não na possibilidade de dispor da coisa (DOWER, 2004, p. 29). A posse, assim, não se trata de controle material da coisa, mas o fato que o possuidor age como se proprietário fosse. “O que vale aqui é o uso econômico facilmente reconhecido por qualquer pessoa”, independentemente de sua vontade de ser dono (ROSENVALD; FARIAS, 2013, p. 64).

O *corpus* passa a representar o estado visível de utilidade da coisa, cumprindo o destino econômico de servir ao homem. Não é necessário o contato material, mas apenas a indagação se o indivíduo se comporta em relação a coisa *como se proprietário fosse*. A determinação do *corpus* é uma questão de experiência e senso comum.

Assim, para Ihering, é o interesse na realização econômica da propriedade que justifica a proteção a posse. A posse se converte em direito em homenagem ao direito de propriedade (ROSENVALD; FARIAS, 2013, p. 66).

Diante disso, pode-se definir a posse como o exercício de um poder sobre a coisa correspondente ao direito de propriedade ou de outro direito real. Vê-se assim que se determinada pessoa confere destinação econômica é este o possuidor e não mero detentor da coisa, exceto se o ordenamento dispuser de modo contrário (ROSENVALD; FARIAS, 2013, p. 66).

Pode ser também caracterizada como um ato de apreensão, mas se a coisa está cumprindo sua real destinação, irrelevante é o ato físico sobre ela. A posse é, desse modo, um fato e não um direito. “O direito do possuidor é consequência do fato de sua posse” esclarece Dower (2004, p. 32).

Tanto Savigny quanto Ihering projetam suas teorias para diferenciar a posse da detenção (ROSENVALD; FARIAS, 2013, p. 66). Enquanto naquela a diferença se daria a partir da investigação do *animus domini*, na teoria objetiva será uma questão a ser definida no ordenamento, elemento externo objetivo (GONÇALVES, 2015, ps.62 e 63).

A posse assim seria a regra, mas o ordenamento jurídico poderia explicitar hipóteses em que, em certas situações, não será possível prover a tutela possessória por expressa opção política legislativa, a partir do modo pelo qual o agente ingressa na coisa. No

caso, assim que o direito não reconhece a defesa da tutela possessória, haverá detenção. É a detenção uma posse desqualificada por razões de ordem objetiva e facilmente visualizável na prática.

Após o aparecimento das teorias de Savigny e Ihering, surgiram outras que não necessariamente guardavam base com os textos romanos (ARAUJO, 2010, p. 74). Isso porque as estruturas sociais alteraram substancialmente a percepção do fenômeno, tornando necessária sua releitura. Essas outras teorias da posse são denominadas *sociológicas* (GONÇALVES, 2015, p. 56).

As teorias sociológicas procuram fazer uma releitura da posse a “partir dos valores sociais nela impregnados” e entendem que a posse é um poder de fato de ingerência socioeconômica sobre certo bem, mediante sua utilização efetiva. Passa a ser considerada como um fenômeno de alta densidade social, com autonomia em relação a propriedade e aos direitos reais (ROSENVALD; FARIAS, 2013, p. 75).

Nesse contexto, surge a teoria de Saleilles, que leva em conta a função social da posse.

Sua crítica em relação à teoria subjetiva diz respeito a limitar a proteção jurídica da posse aos possuidores que desejassem domínio. Já em relação à teoria objetiva, Saleilles sustenta que a posse não pode ser considerada como uma mera visibilidade de propriedade. Declara que esta possui uma prioridade histórica em relação ao domínio, pois é a primeira forma de apropriação individual dos bens, protegida inicialmente pelo costume. Assim, em última análise, Saleilles defende a independência da posse em relação à propriedade. (Apud ARAUJO, 2010, p. 74)

Desse modo, vem Saleilles a construir sua concepção de posse como relação jurídica de apropriação econômica e não de apropriação jurídica. Dá novos entendimentos ao *corpus* e ao *animus*. Este seria caracterizado como a exteriorização da utilidade econômica da coisa, enquanto aquele seria a intenção de se desempenhar essa apropriação econômica. Logo, posse é a realização consciente e querida, voltada à apropriação econômica sobre as coisas.

Para ele, a teoria acerca da detenção não seria o papel da norma legal (como defendia Ihering), mas seria ditada pelo desenvolvimento da sociedade e pelas necessidades econômicas. A vontade daquele que se apropria não estaria no possuidor, mas na sociedade.

A crítica, entretanto, que se faz a respeito de sua teoria se funda nesse caráter discricionário da configuração da detenção, pois não existiriam critérios seguros para a determinação da posse. (ARAUJO, 2010, p. 76)

A teoria de Saleilles é considerada tão importante como as de Savigny e Ihering, porque estabelece um marco ao considerar a autonomia da posse em relação a propriedade, ou de qualquer outro direito real (GONÇALVES, 2015, p. 57).

Outro estudioso que surgiu nesse cenário foi Silvio Perozzi. Para ele, a posse se constitui como fenômeno social, uma relação ética e social, baseada no costume e na moralidade social (Apud ARAUJO, 2010, p. 77)

Como o direito de propriedade, se uma pessoa demonstrasse a vontade de que todos se abstenham de intervir na coisa, a fim de que possa utilizar esse bem de modo exclusivo, não encontrando qualquer obstáculo ao exercício desse poder, estaria caracterizado a posse.

A posse é assim semelhante à propriedade, na medida em que é um estado de ação em respeito a um fato regido por forças sociais e consistindo numa abstenção em relação à coisa por parte de terceiros. Diferente, porém, da propriedade, não será uma relação jurídica, posto que se fundamenta nos costumes, e torna-se mais estável a medida que o dever de abstenção for observado com o progresso da sociedade (ARAUJO, 2010, p. 77)

Em suma, a principal contribuição de Perozzi se deve ao fato de sua defesa da posse se fundar no desejo do indivíduo de dispor da coisa exclusivamente, impondo o dever para os demais de se abster de exercer qualquer ingerência sobre àquele bem. É, em outras palavras, “uma propriedade social.” (Apud ARAUJO, 2010, p. 78)

Com um exemplo prático, resume bem sua teoria: um homem com um chapéu na cabeça caminha sobre a rua. Para Savigny, o indivíduo é considerado possuidor, pois tem o chapéu sobre sua cabeça, tendo a disposição de retirá-lo se assim desejar, inclusive na sua defesa se alguém o quiser tomar. Em contrapartida, Ihering declarará que a posse está configurada, pois o indivíduo tem a aparência de ser o proprietário daquele chapéu, pois faz uso dele, como normalmente o proprietário o fizesse. Já Perozzi dirá que o fato da pessoa fazer uso do chapéu demonstra que deseja dispor exclusivamente dele, fazendo com que as outras pessoas não tentem sobre ele se apropriar.

A crítica a sua teoria, porém, se deve à falta de clareza para a distinção de detenção e posse. Também, é facilmente demonstrável que o desejo que uma pessoa tem de dispor exclusivamente sobre a coisa não significa que outras pessoas não tentarão dela se apoderar. Assim, é fato comum que, devido à escassez de bens, a disputa pela apropriação das coisas se torne cada vez mais intensa. Não pode, dessa maneira, o legislador depender exclusivamente do progresso dos costumes sociais, termo incerto e impreciso na prática (ARAÚJO, 2010, p. 78)

A necessidade que se impõe atualmente deve ser a de buscar um novo fundamento para a tutela possessória que não esteja ligado ao direito de propriedade, critério esse insuficiente para a resolução de conflitos possessórios atuais (ROSENVALD; FARIAS, 2013, p. 70)

Hernandez Gil, por sua vez, defende que a posse deve ser analisada como instituto de alta carga social. Sua crítica as teorias tradicionais se deve ao fato que ambos os autores conhecidos (Savigny e Ihering) colocaram a posse em uma situação de sujeição ao direito de propriedade. Savigny introduziu o elemento de *animus domini* para declarar a intenção de ser proprietário da coisa. Ihering, em contrapartida, justificou a proteção possessória como complemento da propriedade. Sendo assim, ambas as teorias continuam conservadoras frente a realidade social do tema (ARAÚJO, 2010, p. 80)

Aponta também a contradição que Ihering (a quem se deve a teoria tradicional prevalecente) estabeleceu ao negar a impossibilidade de colocar a propriedade na estrutura da posse no livro *O Papel da Vontade dos Interditos*, devido à prioridade histórica da posse em relação a domínio, enquanto que no livro *O Fundamento dos Interditos Possessórios*, justifica a posse no instituto de propriedade.

Hernandez complementa que o objetivo inicial desses autores seria analisar a posse a partir da leitura dos textos romanos, e não analisar a posse como realidade social. O problema avançou quando se utilizou a influência desses para a elaboração dos códigos civis atuais. Surge a necessidade, assim, de se buscar outro fundamento, em harmonia com a mudança de valores frente ao tema (ARAÚJO, 2010, p. 88).

Assim, procura demonstrar a existência da posse baseada na função social que exerce. A tutela possessória não deve ter como escopo apenas a repressão a violência, mas deve cuidar de conferir necessidades vitais de uma pessoa em relação aos seus bens. O trabalho desenvolvido sobre esses bens constitui uma relação possessória.

A tutela da posse passa se justificar não apenas no interesse dos possuidores, mas na garantia de acesso a esses bens por toda a coletividade. Desse modo, o fundamento da posse se faz no uso racional dos recursos econômicos (ARAUJO, 2010, p. 89). Procura-se desvincular a posse da exteriorização da propriedade, concepção herdada do liberalismo clássico. Nesse contexto, a posse seria equivalente a liberdade individual, dependente da vontade do titular que ostentasse o direito de propriedade. Com a análise da função social, a posse deixa de estar aprisionada ao conceito de propriedade e passa ao expoente da liberdade individual, porque a pessoa, ainda que seja livre, tem necessidades básicas que devem ser atendidas.

Diante disso se percebe que ao deslocar a proteção da posse para a satisfação das necessidades humanas básicas, independentemente de ser titular do domínio, esses autores inauguram a construção de uma teoria possessória que tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ana Rita Vieira Albuquerque (2012) esclarece que a análise da posse a partir sua função social permite visualizar as relações jurídicas não apenas “como simples materialização de um bem de troca ou garantia, mas entende-se também que neste bem foi plantada uma vida, construída uma casa”, despertando os fins sociais que se exige na apreensão do homem pelas coisas.

A autora prossegue, na mesma obra, entendendo que esse é o fundamento jurídico na manutenção de povos indígenas, como apoia o art. 231 da Constituição Federal de 1988, e comunidades tradicionais, que não possuem o domínio sobre a terra que ocupam, porém o sistema jurídico expressa que é “inconcebível que uma comunidade tradicional se desenvolva plenamente sem a terra à qual está fixada e sem seus elementos naturais, inclusive a biodiversidade e os seus usos”.

Maria Helena Diniz (2002, p. 38) entende que o Código Civil atual acolheu com exclusividade a doutrina de Ihering, a partir do conceito de possuidor expresso no art. 1.196, que declara que a posse faz-se presente quando o sujeito faz uso de algum dos direitos, plenos ou não, de propriedade.

Nesse entendimento, é prescindível a intenção de dono e o poder físico sobre o bem. O que vale realmente é a relação da pessoa com a coisa, visando cumprir sua destinação econômica

Já Flávio Tartuce (2014, p. 28) comenta que, entre as teorias clássicas, o Código Civil adotou *parcialmente* a teoria objetiva de Ihering, aplicando-se o paradigma que *todo proprietário é possuidor, mas nem todo possuidor é proprietário*.

Porém, em sede doutrinária, comenta Tartuce (2014, ps. 30 e 31), que vários autores brasileiros mostram-se favoráveis à tese da posse-social, tal como defendida por Saleilles. Nesse ínterim, foi aprovado o Enunciado n. 492, da V Jornada de Direito Civil, em 2011: “a posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela”.

Assim, para esse autor (2014, p. 31), o princípio da função social da posse está implícito no Código Civil de 2002, nos vários dispositivos em que se percebe a valorização do binômio posse-trabalho, como no caso da redução de prazos da usucapião extraordinária e ordinária, prevista nos arts. 1.238 e 1.242, que visam alcançar a recomendação da redução da pobreza.

Ora, nesse contexto, César Fiuza (2007, p. 894) declara que a posse, quando desacompanhada da propriedade, e atendendo a função social que ela exerce, torna-se um importante instrumento de promoção da dignidade humana.

É importante assim atentar para esse fato, que, no caso brasileiro, não se encontra a sujeição da posse ao direito de propriedade tal como idealizado por Ihering. Na fundamentação e no desenvolvimento estrutural do instituto, o conceito de propriedade acaba se distanciando.

Assim, não se mostra mais possível confinar a posse dentro de uma proteção à propriedade. A posse existe no mundo fático por si só, independentemente da existência de propriedade ou outro direito real, merecendo ser tutelada pela função econômica e social que representa. A posse concede razão e sentido social ao domínio e a propriedade, mas não é o seu fundamento, é sua consequência. Evita-se que esses institutos permanecessem apenas no domínio das formalidades, que podem fugir aos casos em que uso da coisa, especialmente a coisa imóvel, forma com o tempo um dos meios pelos quais se alcança a promoção social, quando o utiliza para fins de trabalho ou moradia.

CAPÍTULO II - A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE DE BEM PÚBLICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No primeiro capítulo foram estudadas as teorias de justiça e sua influência nas relações jurídicas, com ênfase à justiça social como elemento de estabilidade geral. Foi verificado, por sua vez, que a análise pela função social pressupõe uma perspectiva diferenciada a respeito de institutos clássicos do direito civil, como é o caso da posse. Ao reconhecer sua posição jurídica de princípio, atua como vetor interpretativo, na medida em que considera a posse como meio de acesso a bens jurídicos fundamentais.

As teorias sociológicas defendem a autonomia da posse em relação à propriedade, e em sua aplicação contemporânea é possível afirmar que a posse qualificada pela função social se torna um direito a ser reconhecido e protegido pelo sistema normativo.

O capítulo II abordará acerca da existência de possibilidade jurídica de proteção da posse. Será demonstrado como a Constituição Federal dá destaque ao trabalho e a moradia e acerca da ocupação de bens públicos pelo particular. Por sua vez, será apresentado a função social da posse e sua previsão no Código Civil de 2002, e a influência da função social em seus dispositivos. Por fim, será dada atenção especial atenção a legislação mais recente a respeito da posse irregular sobre bem público, o qual tem admitido sua defesa quando presentes determinados requisitos que refletem sua função social.

2.1 Função Social da Posse Sobre Bem Público e a Constituição Federal de 1988

Primeiramente é preciso apontar que a Constituição de 1988 é a “lei suprema do país” (COELHO, 2013, p. 61). Isso quer dizer que a texto constitucional possui superioridade normativa em relação a todos os demais atos dos poderes públicos, inclusive legislativos, que devem obediência a seus preceitos (CANOTILHO, 2003, p. 1147), podendo, por consequência, afirmar que a ordem jurídica é uma *derivação* das normas constitucionais (CANOTILHO, 2003, p. 1151).

Toda e qualquer interpretação deve encontrar seu fundamento de validade na Constituição, o que impõe ao intérprete a verificar se o sentido e o alcance da norma permitem a realização dos fins constitucionais (BARROSO, 2007, p. 387).

A Constituição, nesse aspecto, não se trata de uma obra feita, mas um projeto de constante reformulação ou “um conjunto de materiais de construção, com que se poderão erguer monumentos diversos”, conforme a época em que seu texto é aplicado (COELHO, 2013, p. 61).

O Texto promulgado em 1988 veio com a postura de tratar a problemática do Homem “na sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania (...)”, pois “Cidadão é o que ganha, come, sabe, mora, pode se curar”, nas palavras de Ulisses Guimarães, quando da solenidade da Assembleia Nacional Constituinte em 05/10/1988 (Apud COELHO, 2013, p. 61).

No Título I, a Constituição erige como fundamento da República Federativa do Brasil “a dignidade da pessoa humana” e “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, incisos III e IV, art. 1º.

A dignidade humana estabelece um estado ideal de coisas em que a proteção do ser humano é alvo de toda a atuação coletiva. O interesse aqui é na sua manutenção e promoção por meio de medidas concretas e não apenas num conteúdo formal de garantias. Assim entendeu o Superior Tribunal de Justiça no REsp 213.422-BA, rel. Min. José Delgado (Apud BULOS, 2007, p. 84) pelo qual enunciou: “A habitação é elemento necessário da própria dignidade da pessoa humana, encontrando-se erigida em princípio fundamental de nossa República”.

É importante ressaltar que a existência digna tratada aqui “abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta e não se reduzindo a mera existência” (SARLET, 2013, p. 546).

Ao prescrever desse modo, a Constituição erigiu o Estado brasileiro a um patamar superior ao do Estado social, posto que “coloca à disposição dos juristas os mecanismos para a implantação das políticas do *welfare state*, compatíveis com o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana”, comenta Torres, citando Lênio Luiz Streck (2007, p. 378).

O acesso ao trabalho é uma das questões de maior preocupação social. Ledur (1998, p. 133) expõe que o “problema central da humanidade, hoje, é a reduzida oferta de trabalho para quem dele necessita”. A dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho são preocupações que tem como fundo a justiça social, complementada pelo inciso III do art. 3º da Constituição, que prevê como objetivo fundamental do Estado “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Os objetivos fundamentais, consagrados no art. 3º, servem, em especial, as autoridades públicas na implementação de políticas voltadas ao cumprimento das metas constitucionais, mas são também, na visão de Alexandre de Moraes (2005, p. 146), objetivos voltados a todo aplicador do direito, como *vetor interpretativo*.

É nesse sentido que foi incluído no art. 6º, no contexto do rol dos direitos sociais, o termo “moradia”, com a Emenda Constitucional n. 26/2000. Pontua Bulos (2007, p. 425) que a adição veio a realçar uma realidade social: poucos brasileiros possuem casa própria. A habitação constitui um espaço mínimo para promoção de qualquer ser humano, tornando apto ao desenvolvimento de sua personalidade.

Sarlet (2013, p. 547) comenta que o direito à moradia pode ser considerado como um direito à personalidade, sendo distinto, portanto do direito à (e de) propriedade. Comenta o autor que a legislação e a jurisprudência têm procurado desenvolver o conteúdo desse direito ao contexto brasileiro, como, por exemplo, a segurança jurídica da posse.

Como se percebe, a função social da posse pode ser o meio de acesso a essa condição básica de ser humano. “Assegurar a moradia e o trabalho na terra através da posse é dar efetividade aos princípios fundamentais da república, conferindo dignidade à pessoa, contribuindo para a erradicação da pobreza, formando uma sociedade mais justa e solidária” (TORRES, 2007, p. 376). Isso porque confere ao indivíduo uma proteção mínima de vida em sociedade – “um lugar para morar, um lugar para plantar (posse-trabalho), um lugar para exercer atividades econômicas e sociais relevantes”. Desse modo, conclui-se que a posse é um “instrumento essencial de satisfação das necessidades humanas, seja ela exercida em razão da titularidade ou não” (TORRES, 2007, p. 376).

Tratar de função social da posse no ordenamento, porém, traz dificuldades de ordem prática, pois não há diploma ou dispositivo legal específico que trate do tema. Entretanto, a partir do exame de alguns preceitos constitucionais, é possível perceber que a

função social da posse está implicitamente contida na Constituição de 1988 (OLIVEIRA, 2013). A partir da *filtragem constitucional* (BARROSO, 2007, p. 387) sobre a posse, é possível compreender que seu acesso é um instrumento apto a redução de desigualdades sociais e promoção da justiça distributiva (ROSENVALD; FARIAS, 2013, p. 78).

Joel Dias Figueira Jr. (Apud TARTUCE, 2014, p. 30) menciona que foram as teorias sociológicas da posse que deram origem a função social da propriedade, pois a posse era considerada a exteriorização da propriedade. Desse modo, infere-se a existência da função social da posse “como decorrente da função social da propriedade” (OLIVEIRA, 2013).

Corroborando com esse entendimento, Ana Rita Vieira Albuquerque (Apud Oliveira, 2013):

A Constituição dispõe acerca da função social da propriedade, verdadeira norma principiológica que obriga o proprietário na medida em que integra o próprio conteúdo do conceito de propriedade. A Constituição, através do seu art. 6º, também amplia e dá relevo aos direitos sociais, às políticas de habitação, de saúde, de segurança social, de trabalho, de educação e cultura, entre outras, garantindo o conteúdo mínimo dessas políticas, ainda que entendidas como diretivas da legislação, direito a prestações ou, no entender de Vieira de Andrade, pretensões jurídicas.

Desta forma, os estudos acerca da função social da posse têm sua base teórica não apenas na compreensão do Direito Privado conforme traçado em nosso Código Civil, mas sobretudo através da análise dos preceitos e valores estabelecidos na Constituição da República. (grifei)

A Constituição faz referência em três passagens a respeito da função social da propriedade (OLIVEIRA, 2013): O art. 5º, inciso XXII garante o direito da propriedade, mas estabelece, no inciso seguinte que a “propriedade atenderá a sua função social”. O inciso III do art. 170 prescreve que a ordem econômica deve atender a função social da propriedade.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

III - função social da propriedade;

O §2º do art. 182 orienta que a propriedade urbana “cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais da ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

De fato, para Ricardo Marcondes Martins (2011, ps. 239 e 240), a propriedade somente quando efetivamente utilizada “traduz-se no exercício da posse. Daí a afirmação: o princípio da função social da propriedade implica a função social da posse”. Desse modo, o autor entende que a função social da posse é um dos aspectos da função social da propriedade

No inciso XXIII, do art. 5º, ao tratar que a propriedade atenderá a sua função social, houve a constitucionalização da posse, respeitando também seu caráter autônomo. Isso porque ao enunciar esse dispositivo, a Constituição conferiu segurança jurídica à posse de quem não é proprietário, reforçada pelas modalidades especiais de usucapião prevista nos arts. 183 e 191 (MARTINS, 2011, p. 240).

Porém, como pontua Torres (2007, p. 303), a função social é mais evidente na posse e muito menos na propriedade, visto que “a posse não sobrevive sem a realidade de sua existência”, sendo, por si mesma, instrumento relevante para a sociedade, pois é por meio dela que “o homem tem possibilidade de atender necessidades vitais” (2007, p. 304), como a moradia e trabalho.

O art. 183 trata de usucapião especial, denominada também pró-moradia, pró-casa ou *pro morare*:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (...)

Esse dispositivo atende ao apelo de vários movimentos e pressões populares de grupos que habitavam áreas irregulares quando da promulgação da Constituição (BULOS, 2007, p. 1286).

É um modo de promover o direito fundamental à moradia, permitindo um patrimônio mínimo à entidade familiar, na busca da tutela da dignidade da pessoa humana (ROSENVALD; FARIAS, 2013, p. 435). Certo é que, para o reconhecimento dessa modalidade, deve-se considerar a situação econômica do possuidor (RIZZARDO, 2012, p. 311), pois o dispositivo veio justamente para prover moradia à população de baixa renda (LEAL, 2014, p. 1.880).

Nesse aspecto, a função social insere-se no quadro em que o “possuidor adquire individualidade e busca acesso aos bens que assegurem a si e a sua família o passaporte ao mínimo existencial” (ROSENVALD; FARIAS, 2013, p. 77).

O art. 191 trata de usucapião *pro labore*, reproduzido no art. 1.239, CC, regulado pela Lei nº 6.969/81.

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

É assim denominado, pois o título que dá origem ao direito deriva do fato da área ter se tornada produtiva pelo trabalho do beneficiário e de seus familiares (BULOS, 2007, p. 1307). Rosenvald e Farias (2013, p. 457) comentam que é nesse dispositivo que a função social da posse é mais intensa que a urbana. Não basta apenas exercer a moradia sobre o imóvel ocupado, mas a ocupação deve ser acompanhada pelo exercício de alguma atividade econômica, tornando o imóvel rural em “terra útil produtiva”.

Como se observa nesses dispositivos, a função social da posse está implicitamente presente na Constituição de 1988, como comenta Ana Rita Vieira Albuquerque (Apud OLIVEIRA, 2013):

Os valores fundamentais e os objetivos do Estado Brasileiro previstos na Constituição de 1988 visam sobretudo elevar o conceito de cidadania, através da valorização da pessoa humana. Evidentemente que tais valores projetam-se para todos os domínios jurídicos, inclusive para o direito privado, como vimos, e, conseqüentemente, informam o instituto da posse, evidenciando ainda mais o seu aspecto social imanente. Justamente em um sistema jurídico que tem por fim a pessoa humana, daí resultando a natureza teleológica dos argumentos sistemáticos, não se pode deixar de ter por incluída implicitamente, como princípio constitucional positivado, a função social da posse. (grifei)

A respeito dos bens públicos, a Constituição estabelece tanto no §3º do art. 182, quanto no parágrafo único do art. 191, a expressão também contida por similaridade no art. 102 do CC: “Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

Pela simples leitura, seria compreensível deduzir que os imóveis públicos, como não se sujeitam à prescrição aquisitiva, jamais se admitiria a posse, e sua função social, a partir da ocupação do bem realizada pelo particular. Em outras palavras, não seria possível a

Administração descumprir a função social que possui sobre seus bens, pois, dada a sua natureza, sua atenção a uma finalidade social estaria presumida.

Primeiramente, bens públicos, em sentido amplo, podem ser conceituados como “o conjunto de bens que pertencem às pessoas jurídicas de direito público interno, político e administrativas – União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Territórios e autarquias” (Di Pietro, 2013, p. 734).

Quanto à destinação, os bens públicos podem ser classificados em (CARVALHO FILHO, 2014, ps.1162 a 1165):

- a) Bens de uso comum do povo: são aqueles que se destinam a utilização indeterminada pelos indivíduos, podendo ser mares, praias, ruas, estradas, logradouros públicos, entre outros.
- b) Bens de uso especial: são todos aqueles voltados à consecução de serviços administrativos e serviços públicos em geral. É o aparelhamento material da Administração para atingir seus fins. Incluem os edifícios públicos como escolas, hospitais, prédios do Executivo, também os móveis, como veículos oficiais, navios militares, entre outros.
- c) Bens dominicais: são todos aqueles que não são de uso comum e de uso especial. Incluem nesses as terras sem destinação pública específica, prédios públicos desativados, móveis inservíveis, dentre outros.

Outro importante conceito no que diz respeito aos bens públicos é o da afetação. Carvalho Filho (2014, p. 1167) a conceitua como o “fato administrativo pelo qual se atribui a um bem público uma destinação especial de interesse direto e indireto da Administração”. Prossegue o autor (2014, ps. 1167 e 1168), estabelecendo uma relação entre afetação e a destinação dos bens públicos. Quando ocorre a desafetação, isto é, o bem público é desativado, deixando de servir a finalidade pública anterior, “como é lógico, sairá da categoria de bem de uso especial e ingressará na de bem dominical”, podendo ocorrer novamente à afetação, com o retorno a condição de uso especial, se ocorrer nova destinação pública do bem. Tal situação também pode ocorrer com bens de uso comum do povo.

Os bens dominicais se diferenciam em grande medida dos demais, pois se submetem ao regime jurídico de “direito privado parcialmente derogado pelo direito

público”, explica Di Pietro (2013, p, 740). A autora comenta (2013, p. 741) que a usucapião de terras públicas, após larga divergência doutrinária e jurisprudencial, restou impossibilitada por esses dispositivos constitucionais (§3º do art. 193 e parágrafo único do art. 191), contemplando a Súmula nº 340 do STF: “os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”. Ao que faz parecer, há a impossibilidade do particular de prover função social aos bens públicos, mesmo que não estejam destinados a alguma finalidade específica ou abandonados ao alvedrio do tempo.

Concorda também Carvalho Filho (2014, p. 1172):

É bem verdade que há entendimento no sentido de que é vedado o usucapião apenas sobre bens materialmente públicos assim considerados aqueles em que esteja sendo exercida a atividade estatal, e isso porque somente estes estariam cumprindo a função social. Dissentimos, concessa vênua, de tal pensamento, e por mais de uma razão: a uma, porque nem a Constituição nem a lei civil distinguem a respeito da função executada nos bens público e, a duas, porque o atendimento, ou não, à função social somente pode ser constatado em se tratando de bens privados; bens públicos já presumidamente atendem àquela função por serem assim qualificados. (grifei)

Como declarou o autor, essa posição não é unânime. Coutinho (2009), filiando-se ao entendimento minoritário, discorda da ideia que o Poder Público está dispensado de observar o princípio da função social sobre os seus bens, porque, como Estado de Direito, estaria também sujeito às suas próprias regras.

Celso Ribeiro Bastos (2000, p. 308 – nota de rodapé) também anota que nos bens dominicais, é preciso haver a observância de sua função social, pois são “submetidos, inclusive, ao regime de direito privado”.

Rosenvald e Farias (2006, ps. 267-268) entendem que o princípio constitucional da função social da posse admite sua sujeição também as entidades públicas. Para tanto, Classifica os bens públicos em materialmente públicos e formalmente públicos. Estes seriam impossibilitados de exercerem qualquer tipo de ocupação, enquanto aqueles haveria a possibilidade de preencher os critérios legitimidade e merecimento, “postos dotados que de alguma função social”.

Castilho (2010) compreende que o imóvel público, enquanto não afetado, aparenta como se abandonado fosse. Se o particular dele se apossa e utiliza, exercendo o domínio útil, como no caso da moradia, exercerá a função social que cabe a esse bem.

Como se percebe, é possível defender a função social da posse sobre o bem público, admitindo no caso concreto que a Administração pode descumprir função social que cabe a esses bens.

A posse, por sua vez, não subteme necessariamente a usucapião, pois esta é um dos efeitos *possíveis* que contempla, como é perceptível no exercício da posse indireta, cujo ocupante jamais irá adquirir o bem por usucapião. Di Pietro (2013, p. 741) assinala que a Constituição não proíbe outros institutos próprios da posse sobre bens públicos, como é o caso da legitimação da posse, prevista na Lei nº 6.383/76, em especial quando esses satisfazem as exigências constitucionais de prover trabalho e moradia, como forma de promover a dignidade das pessoas.

2.2 Função Social da Posse Sobre Bem Público e o Código Civil de 2002

Miguel Reale (2002) declara que em um país há duas leis fundamentais: a Constituição Federal e o Código Civil. Este tem como principal objetivo regular as atividades essenciais do homem na sociedade, cuidando preferencialmente de dispor de regras gerais, dotadas de plausível certeza e segurança. Por essa razão é chamado também de “constituição do homem comum”.

Na mesma obra, Reale explica que o atual Código foi construído a partir de três princípios fundamentais: o princípio da socialidade, o princípio da eticidade e o princípio da operabilidade.

O princípio da socialidade pode ser identificado como a prevalência “dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana” (REALE, 2002). Em outras palavras, pode-se afirmar que a função social dos institutos jurídicos clássicos, como é o caso da posse, passam a ter como foco de análise seus efeitos sobre a sociedade, com uma nova leitura, visando beneficiá-la, sem descurar dos direitos individuais. Explica Reale (2002):

Em virtude do princípio de socialidade, surgiu também um novo conceito de posse, a posse-trabalho, ou posse "pro labore", em virtude da qual o prazo de usucapião de um imóvel é reduzido, conforme o caso, se os possuidores nele houverem estabelecido a sua morada, ou realizado investimentos de interesse social e econômico. Por outro lado, foi revisto e atualizado o

antigo conceito de posse, em consonância com os fins sociais da propriedade. (grifei)

Sobre a importância da socialidade no Código de 2002, comenta José Camacho Santos (2003):

A socialidade é traço marcante ou predominante no Código vindouro. Tanto assim que cunhou e valorizou o conceito de posse-trabalho (ou pro labore), submeteu o direito de propriedade à funcionabilidade, aos interesses gerais como limitadores da individualidade, dentre outras inovações. Miguel Reale, retruca as críticas de que essa filosofia social acabaria "gerando a massificação e sacrificando a individualidade", dizendo: "trata-se de tolice tão evidente que não merece nem comporta discussão" (1999, p. 15).

De resto, a opção pelo social não só é tendência jurídica mundial, porquanto fundamental à realização dos valores básicos das pessoas, como é necessária ao combate de posturas arrimadas no vício do "jeitinho", do "oportunismo", da "esperteza", da prevalência dos poderosos. Atende, enfim, aos reclamos de justiça social, distributiva, abominando a ganância dos que se acostumaram com códigos e leis utilizados como instrumentos de dominação. Afinal, e parafraseando o eminente professor Fachin, o Direito deve ser tomado como "a serviço da vida" (Fachin, 2000, p. 15), ou seja, tem de priorizar a valorização da ética, o uso regular dos direitos e a solidariedade social. (grifei)

A análise da função social da posse perpassa necessariamente pelo princípio da socialidade. Em alguns dispositivos do diploma de 2002, é possível verificar a atuação desse princípio tencionando com o direito de propriedade (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 79). Entretanto, Torres (2007, p. 359) pontua que “o sistema adotado no Código Civil dá preferência ao proprietário em relação ao possuidor, ignorando as inovações importantes neste tipo de conflito social”, porém, continua o autor, que a referência à função social da propriedade, estampada no §1º do art. 1.228, impede que o instituto possa ser postergado a mero caráter patrimonial:

Art. 1.228 (...):

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Pessoas de baixa renda não têm como prática comum o negócio de compra e venda. Sendo assim, a única alternativa viável é a procura pela posse de áreas sem uso, normalmente em locais de difícil acesso ou de pouco interesse econômico, pelo qual, partindo-se de um preço inferior àquele exigido a aquisição da propriedade, obtém-se o acesso ao bem por meio da ocupação (TORRES, 2007, p. 361).

Como se disse anteriormente, o Código Civil assentou como fundamento à posse as teorias clássicas, que revelam excessiva preocupação com o domínio (TORRES, 2007, p. 371). Isso é evidente logo no primeiro dispositivo que trata de posse, no art. 1.196, ao considerar seu titular aquele que tem de fato o exercício de “algum dos poderes inerentes à propriedade”. Reza o dispositivo: *considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.*

Torres (2007, ps. 383 e 384) propõe assim o modelo da posse qualificada por sua funcionalização, como meio de acesso a bens fundamentais de segunda geração, contrariando a lógica do mercado, em apoio à lógica da “necessidade de moradia, de abrigo, de sustento”. Comenta o autor (2007, ps. 390 e 403):

A ocupação de imóvel alheio com fins de moradia ou trabalho (cultivo) não se faz porque o ocupante pretenda violar o sistema de direito alheio. Na verdade, ele respeita a propriedade e quer se tornar proprietário pelo exercício efetivo da posse-moradia ou da posse-trabalho, para gozar da segurança e do status que tal direito confere ao titular (diga-se: desde que cumpra com sua função social).

(...)

Daí a necessidade de construção da tese de que a posse qualificada pela função social merece uma proteção especial diversa daquela que o sistema atualmente confere, primeiro porque se instala onde a propriedade não cumpre função social; segundo porque atende a direitos fundamentais sociais como a moradia e o trabalho.

O §4º do art. 1.228 contempla a funcionalização da posse ao inaugurar a desapropriação judicial indireta, desapropriação privada ou também chamada de aquisição compulsória onerosa:

Art. 1228 (...)

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Trata-se aqui da perda involuntária do imóvel mediante compensação onerosa. O proprietário encontra-se privado de seu imóvel em razão da ocupação de considerável número de pessoas que realizam sobre o bem obras e serviços considerados de “interesse social e econômico relevante” (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 79)

Na IV Jornada de Direito Civil foi aprovado enunciado nº 304 CJP/STJ: “são aplicáveis às disposições dos §4º e 5º do art. 1.228 do CC às ações reivindicatórias relativas a bens públicos dominicais, mantido parcialmente o Enunciado nº 83 da I Jornada de Direito Civil, no que concernem as demais classificações dos bens públicos”.

Farias e Rosendal (2013, p. 92), explicam que ocorre a transferência compulsória do bem público para o particular mediante o pagamento de indenização em razão da função social da posse que se exerce sobre o bem público alvo da medida.

Logo se percebe que a aprovação do enunciado (que se trata de verdadeira ressalva doutrinária à vedação de usucapião de bem público) se deu sob o argumento que o particular, ao ocupar o imóvel público e exercer atos de posse sobre bem dominical, exerce função social de especial relevo, que não pode ser negligenciada pelo Poder Público, autorizando o efeito da aquisição compulsória.

O art. 1.208 estabelece: “Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade”.

O dispositivo corresponde ao art. 497 do Código de 1916. Arnaldo Rizzardo (2012, p. 39) comenta que a permissão ou a tolerância são atos que formam apenas a detenção sobre a coisa. No caso dos bens públicos, a detenção era reforçada por serem bens postos fora do comércio, conforme o inciso III do art. 520 do Código anterior, que não foi reproduzido no Código atual.

Moreira Alves (Apud LOUREIRO, 2012, p. 1.161) comentava, no Código anterior, que não eram possíveis atos de posse sobre bens de uso comum e de uso especial em função dessas restrições. Porém, o autor admitia a posse, e não a detenção, sobre bens dominicais, argumentando inclusive que a possibilidade já era prevista em leis especiais. Entendendo da mesma forma, Ernane Fidélis dos Santos (Apud LOUREIRO, 2012, p. 1.161) admitia a configuração da posse sobre bens dominicais, ampliando a análise ao compreender esta seria posse especial, pois não se converteria em propriedade por usucapião.

Corroborando com a tese da segurança da posse sobre bem público, Araújo (2010, p. 110) entende que os casos de detenção são expressamente previstos em lei, diferentemente da posse, que constitui uma regra: “Não observamos, entretanto, em matéria de posse de bens públicos, qualquer menção específica a respeito de uma suposta detenção, tanto no Código Civil quanto nas leis especiais”.

É comum afirmar que a posse sobre bens públicos não é possível, daí sua caracterização como mera detenção, fundada na permissão ou tolerância, em razão da impossibilidade de usucapir esses bens. Porém, como foi verificado, a posse não pressupõe propriedade, pois se legitima mesmo em face de quem não é proprietário. Os *efeitos* que a posse pode gerar é que difere de acordo com a relação previamente constituída. Interessante argumento expõe Araújo a respeito (2012, p. 112):

Se existe, contudo, autonomia entre o direito de propriedade e o instituto da posse, conforme ressaltamos, deve ser repensada a assertiva de que não existirá relação possessória, onde não houver possibilidade de aquisição de domínio. A posse estrutura-se como exercício de fato de um dos poderes inerentes ao domínio, mas dele se desloca para buscar fundamento próprio, qual seja, a promoção da dignidade da pessoa humana, princípio basilar da República previsto no texto constitucional e unificador dos direitos fundamentais

Joel Dias Figueira Júnior também entende que não há no Código Civil regra que impeça o exercício da posse sobre bens públicos, mesmo que este não seja previamente autorizado (Apud ARAUJO, 2010, p. 113). Também Roberto Mattoso Câmara Filho compreende a possibilidade de existência de posse sobre bem público, que terá características especiais, e sua impossibilidade pelo fato da vedação à usucapião não era justificável, inclusive sobre a vigência da Constituição de 1967, que permitia a posse sobre terras públicas, inadmitindo a prescrição aquisitiva (Apud ARAUJO, 2010, ps. 113 e 114).

Especial alteração ocorreu com a entrada em vigor do novo Código Civil, no que se refere à alegação de propriedade com o fim de impedir a segurança da posse. Anteriormente o art. 505 do Código Civil de 1916 dispunha: “Não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio”.

No novo preceito, contido no §2º do art. 1.210: “Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa”.

Sobre a questão, expõe o Enunciado nº 79, aprovado na I Jornada de Direito Civil de 2002: “A *exceptio proprietatis*, como defesa oponível às ações possessórias típicas, foi abolida pelo Código Civil de 2002, que estabeleceu a absoluta separação entre os juízos possessório e petitório”.

O enfoque do novo dispositivo é conferir autonomia a posse em relação à propriedade. Porém, observa-se também que o legislador deu novo destaque a posse e sua função social nas demandas possessórias (ROSENVALD; FARIAS, 2013, p. 79)

A separação entre o juízo petitório e o possessório foi e continua sendo de elevada importância a fim de “evitar que o proprietário justifique sua má conduta no campo possessório invocando o direito de propriedade” (LOUREIRO, 2010, p. 1169).

Outro dado que reforça a possibilidade da posse sobre bens públicos é o fato que a regra da impossibilidade de constituição de posse sobre coisas fora do comércio não ter sido reproduzida no atual Código Civil. Assim ocorreu em virtude do reconhecimento que os civilistas tiveram da autonomia da posse em relação à propriedade (ARAUJO, 2010, p.114).

O remédio processual adequado à proteção da posse, nesses casos, é a reintegração, manutenção ou o interdito possessório, a depender do ato que viole a correspondente ocupação. Para tanto, o art. 557 do novo CPC, Lei n. 13.105, de 2015, correspondente ao anterior art. 923, dispõe:

Art. 557. Na pendência de ação possessória é vedado, tanto ao autor quanto ao réu, propor ação de reconhecimento do domínio, exceto se a pretensão for deduzida em face de terceira pessoa.

Parágrafo único. Não obsta à manutenção ou à reintegração de posse a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa.

A situação em que o particular ocupa imóvel público, que se encontra desafetado a destinação específica, e vem a ser a sofrer ameaça ou a ser repellido de fato pelo Poder Público, é possível, por meio da tutela processual específica, vim a ser reconhecida sua proteção, posto que “a posse qualificada pela função social é um direito” (TORRES, 2007, p. 403). Joel Dias Figueira Júnior (2013, p. 1.138) comenta que tal demanda deve ser analisada à luz das teorias sociológicas da posse, pois,

o fenômeno possessório haverá de ser demonstrado pelos litigantes em demanda interdita sob a luz das teorias sociológicas, de acordo com a relação socioeconômica protestativa formada entre o sujeito e o bem da vida litigioso que ele pretende recuperar o conseguir manter.

Em virtude da função social que exerce, a posse qualificada se diferencia da “posse simples ou comum pela presença da atividade humana social e economicamente relevante” (TORRES, 2007 p. 309), destacando-se dessa, tratada usualmente no Código Civil,

que no caso dos imóveis urbanos se dá pela moradia ou o desenvolvimento de alguma atividade comercial ou industrial, e nos rurais, a produção de bens, serviços e moradia (TORRES, 2007, p. 309).

Torres (2007, p. 396), entende que diante do fator necessidade, “espanca a ilicitude da conduta, seja diante da alegação de crime de esbulho, por força do art. 24 do Código Penal, seja diante a infração ao direito de propriedade, por força do art. 188, inciso II, do Código Civil”. Daí que é diante do caso concreto, que se deve verificar a presença ou não desse fator, levando-se em consideração “a realidade do desapossamento de ocupantes que buscam suprir suas necessidades, por falta de uma melhor opção” (2007, p. 396).

Em se tratando de oposição entre a posse do particular e a da Administração Pública, como no caso de uma comunidade que durante anos ocupa um imóvel público, as duas posses estão em conflito, cabendo ao julgador conceder a tutela da *melhor posse*, comenta Bárbara de Almeida de Araújo (2010, p. 136):

Finalmente, caracterizada a situação do particular como possessorio, a decisão judicial a respeito da posse poderá ser decidida somente nos termos da sentença. Nessa ocasião, o juiz deverá avaliar a melhor posse, utilizando muitas vezes como critérios a boa-fé do possuidor, o exercício da função social do bem, pois não caberá, nessa instância, conforme já ressaltado, qualquer discussão a respeito do domínio.

O juiz no caso concreto deve ponderar qual direito caberá maior proteção, a manutenção daqueles bens objeto de ocupação, dada as diversas funções que desempenham os bens públicos ou assegurar a proteção da posse aos ocupantes.

Tal característica se acentua no caso dos bens dominicais, pois apesar de apresentarem a função patrimonial de prover rendas ao Estado, é possível “no plano fático, a que tal espécie de bem não efetive o comando constitucional de cumprir sua função social”, na visão de Karine de Carvalho Guimarães (2008).

Desse modo, comenta Araújo (2010, p. 115) que, em sede de ação possessória, não é inviável que o Estado-Juiz assegure a posse do particular sobre bem público em virtude da “função social dos bens e da boa-fé, como critérios definidores da melhor posse, nem sempre baseados na titularidade, confirmada pela autonomia das situações possessórias e proprietária”.

Torres (2007, p. 343) também comenta que o exercício das ações possessórias exige que o demandante comprove o exercício da função social da posse esteja “sendo exercida de algum modo”, não podendo conferir segurança aquele que não cumpre com esse ditame social, no exame da melhor posse.

Ao analisar todos esses casos no Código Civil não se mostra difícil perceber que “a lógica patrimonial” do direito de propriedade, ainda que sob a titularidade pública, pode ser afastada no confronto com “os valores existenciais que permeiam a tutela da função social da posse como situação existencial, hábil à promoção do princípio da dignidade da pessoa humana” (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 244).

2.3 Função Social da Posse sobre Bem Público e Legislação Especial

Nessa parte, serão analisadas leis que tratam da posse sobre bem público, considerando o seu caráter social, antes e após o Código Civil: a Medida Provisória nº 2.220, de 2001, a Lei nº 9.636, de 1998 e a Lei nº 11.977, de 2009 e o novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 2015.

A Medida Provisória nº 2.220, de 04/09/2001, trouxe a modalidade de concessão de direito real de uso para fins de moradia a todos aqueles que, até 30/06/2011, completaram cinco anos de posse sobre imóveis públicos urbanos, sejam federais, e estaduais, municipais ou distritais.

A natureza jurídica de tal instituto é de direito real, por expressa previsão do Código Civil no art. 1.225. Não é contrato, como no caso das concessões de uso tratadas usualmente pelas leis administrativas; é instrumento legal distinto, posto que “possui finalidade exclusiva de moradia” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1201).

O diploma legal atribui ao Poder Público o dever de reconhecer ao ocupante o direito subjetivo à concessão de moradia. Uma vez preenchidos os pressupostos legais, não cabe outra atividade a Administração a não ser outorgar a concessão, sendo por essa razão ato administrativo vinculado (CARVALHO FILHO, 2014, ps. 1201 e 1202).

A concessão será conferida a qualquer pessoa, de forma gratuita e poderá ter sua continuidade aos herdeiros legítimos, desde que já residiam no imóvel na ocasião da abertura da sucessão, expressa os §§1º e 3º do art. 1º:

Art. 1º Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

§1º A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

(...)

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Se a ocupação acarretar risco à saúde dos ocupantes, deve o Poder Público providenciar o exercício desse direito em outro local, art. 4º: “No caso de a ocupação acarretar risco à vida ou à saúde dos ocupantes, o Poder Público garantirá ao possuidor o exercício do direito de que tratam os arts. 1º e 2º em outro local”.

Caso esta venha a incidir sobre bem de uso comum do povo ou bens de uso especial, como os destinados a preservação de ecossistemas ou a projetos de urbanização, referidos no art. 5º, pode a Administração facultar a concessão em outro local, até porque “sequer pode se falar em posse de bens públicos no lustró legal, mas de mera detenção, cuidando-se de bens afetos à coletividade” (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 854). Reza o art. 5º: “É facultado ao Poder Público assegurar o exercício do direito de que tratam os arts. 1º e 2º em outro local na hipótese de ocupação de imóvel: (...)”

No caso de ocupações coletivas cometidas por população de baixa renda, no qual não seja possível identificar os terrenos ocupados a cada possuidor, a concessão será coletiva, desde que os possuidores não sejam proprietários ou concessionários de outro imóvel, art. 2º.

Art. 2º Nos imóveis de que trata o art. 1º, com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, que, até 30 de junho de 2001, estavam ocupados por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por possuidor, a concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma coletiva,

desde que os possuidores não sejam proprietários ou concessionários, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. (...)

Ao examinar seu conteúdo, verifica-se que se trata de instrumento editado com o propósito de garantir o direito fundamental de moradia as pessoas que ocupam bens públicos. A garantia da posse a imóvel de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), nos termos do arts. 1º e 2º, coloca em evidência a atenção do Estado em prover o mínimo existencial aqueles que fazem o uso social dos imóveis sob sua tutela, como “no caso do indivíduo que vive debaixo da ponte por 5 (cinco) anos” (FARIAS, ROSENVALD, 2013, p. 854).

O art. 22-A da Lei nº 9.636, de 1998, com redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007, ampliou a eficácia desse instrumento ao dispor que “a concessão de uso especial para fins de moradia aplica-se às áreas proprietárias da União, inclusive aos terrenos da Marinha e acrescidos” a todos aqueles que preencheram os requisitos da MP 2.220, mesmo após a data limite de 30/06/2001, mas até 10/06/2014, como preceitua o inciso I do art. 9º da Lei nº 9.636, com nova redação dada pela recente Lei nº 13.139, de 2015:”Art. 9º É vedada a inscrição de ocupações que: I - ocorreram após 10 de junho de 2014; (...)”.

Ao alterar o art. 1.473 do Código Civil, inserindo o inciso VII, por meio da Lei n 11.481, foi facultado a instituição de hipoteca sobre o direito real de uso para fins de moradia. Essa mudança permitiu ao titular deste direito a possibilidade de obter financiamento bancário a juros baixos para o exercício de alguma atividade econômica, ofertando esse direito real como garantia (FARIAS; ROSENVALD, 2013, ps. 94, 95 e 855): “Art. 1.473. Podem ser objeto de hipoteca: (...) VIII - o direito de uso especial para fins de moradia;”.

A respeito da concessão coletiva de uso especial para fins de moradia, Carvalho Filho (2014, p. 1204) também admite que “é preciso aceitar que a ordem urbanística está mesmo a reclamar medidas jurídicas novas, ainda mais quando se cuida de garantir o bem-estar, a segurança e a comodidade das populações”.

Percebe-se a atenção do legislador em não apenas prover moradia ao possuidor de imóvel público (posse-moradia), mas também em oferecer meios que torne possível, a partir de seu trabalho (posse-trabalho), florescer suas potencialidades e ascender sua estrutura social, em homenagem à dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

A Lei nº 6.383, promulgada em 07/12/76, estabelece, nos arts. 29 a 31, os requisitos para a legitimação da posse sobre bem público.

O diploma foi criado sob a égide da Constituição Federal de 1967, que permitiu no art. 171, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que lei federal estabelecesse condições para preferência de aquisição de terras públicas de até 100 hectares, a todos aqueles que a tornassem produtiva com o seu trabalho e de sua família. Assim ficou prevista a *legitimação da posse* no ordenamento brasileiro (DI PIETRO, 2013, p. 741). Enuncia o dispositivo: “Art. 171. A lei federal disporá sobre as condições de legitimação da posse e de preferência para aquisição, até cem hectares, de terras públicas por aqueles que as tornarem produtivas com o seu trabalho e o de sua família. (...)”.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1988, houve omissão quanto a prevalência da norma, mas a Carta da República também “não a proíbe, razão pelo qual o instituto continua a existir, com fundamento na legislação ordinária que disciplina”, entende Di Pietro (2013, p. 741)

Na disciplina da Lei nº 6.383, para a outorga da legitimação da posse, que pressupõe o “direito subjetivo de natureza pública à posse do imóvel” (DI PIETRO, 2013, p. 749), é necessário o preenchimento dos requisitos do art. 29:

Art. 29. O ocupante de terras públicas, que as tenha tornado produtivas com o seu trabalho e o de sua família, fará jus à legitimação da posse de área contínua até 100 (cem) hectares, desde que preencha os seguintes requisitos:

I - não seja proprietário de imóvel rural;

II - comprove a morada permanente e cultura efetiva, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano.

Ademais, o instituto consiste no fornecimento de Licença de Ocupação pelo prazo de até 4 (quatro) anos, findo o qual o “o ocupante terá a preferência para aquisição do lote, pelo valor histórico da terra nua, satisfeitos os requisitos de morada permanente e cultura efetiva e comprovada a sua capacidade para desenvolver a área ocupada”, conforme o §1º do art. 29:

§1º - A legitimação da posse de que trata o presente artigo consistirá no fornecimento de uma Licença de Ocupação, pelo prazo mínimo de mais 4 (quatro) anos, findo o qual o ocupante terá a preferência para aquisição do lote, pelo valor

histórico da terra nua, satisfeitos os requisitos de morada permanente e cultura efetiva e comprovada a sua capacidade para desenvolver a área ocupada.

A licença de ocupação dará acesso aos financiamentos concedidos pelas instituições financeiras do Sistema Nacional de Crédito Rural, sendo que as obrigações assumidas serão garantidas pelo INCRA. Havendo inadimplência, essa autarquia federal alienará o imóvel para ressarcir o que houver assegurado, dispõe o art. 30:

Art. 30 A Licença de Ocupação dará acesso aos financiamentos concedidos pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Nacional de Crédito Rural.

§ 1º As obrigações assumidas pelo detentor de Licença de Ocupação serão garantidas pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA.

§ 2º Ocorrendo inadimplência do favorecido, o Instituto Nacional de colonização e Reforma Agrária - INCRA cancelará a Licença de Ocupação e providenciará a alienação do imóvel, na forma da lei, a fim de ressarcir-se do que houver assegurado

Percebe-se aí que o ocupante de terras públicas, desde tenha utilizado sua posse para fins sociais, isto é posse-trabalho e posse-moradia, será premiado pela preferência na aquisição da gleba, no processo de discriminação de terras devolutas proposto pela Lei nº 6.363. Comenta Messias Junqueira (Apud DI PIETRO, 2013, p. 749):

O Estado não propõe discriminação de terras devolutas para enriquecer seu patrimônio, mas principalmente para regularizar a situação dos posseiros aí localizados. Somente as terras devolutas vagas, desocupadas, desqueridas ou ilegalmente ocupadas é que serão incorporadas ao patrimônio público para serem aplicadas nas diversas finalidades de interesse social.

A Lei nº 11.977, de 07/07/2009, dentro do programa de regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, previu a legitimação da posse em áreas públicas para fins de moradia no §4º do art. 56 (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1221).

O art. 56 trata do procedimento de regularização fundiária de interesse social, cujo resultado é o auto de demarcação urbanística: “Art. 56. O poder público responsável pela regularização fundiária de interesse social poderá lavrar auto de demarcação urbanística, com base no levantamento da situação da área a ser regularizada e na caracterização da ocupação.”.

O §4º estabelece que para os terrenos pertencentes à União “aplicar-se-á o disposto na Seção III-A do Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, inserida pela Lei nº 11.481, de 31 de maio de 2007” e, para as áreas de domínio dos Estados, Distrito Federal ou Municípios, “a sua respectiva legislação patrimonial”.

A Seção III-A do Decreto-Lei nº 9.760 refere-se aos procedimentos de demarcação de terrenos para regularização fundiária de interesse social, tendo como objetivo “atender a famílias com renda familiar mensal não superior a 5 (cinco) salários mínimos”, observa o §1º do art. 18-A.

A Lei nº 11.977 indica que, realizados os procedimentos necessários à individualização do bem, seu respectivo registro imobiliário e cumpridos os requisitos do projeto de regularização fundiária estabelecida no art. 51, “o poder público concederá título de legitimação de posse aos ocupantes cadastrados”, que constará inclusive na matrícula do imóvel, conforme os §§1º e 2º do art. 58, respectivamente:

Art. 58. A partir da averbação do auto de demarcação urbanística, o poder público deverá elaborar o projeto previsto no art. 51 e submeter o parcelamento dele decorrente a registro.

§ 1º Após o registro do parcelamento de que trata o caput, o poder público concederá título de legitimação de posse aos ocupantes cadastrados.

§ 2º O título de que trata o § 1º será concedido preferencialmente em nome da mulher e registrado na matrícula do imóvel.

O §1º do art. 59 elenca como requisito para a legitimação da posse que os moradores “não sejam concessionários, foreiros ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural” e que “não sejam beneficiários da legitimação de posse concedida anteriormente”.

Ainda que em razão da realização do projeto de regularização fundiária de interesse social não seja concedido à legitimação da posse aos ocupantes dos imóveis, o §3º do art. 58 determina que o poder público deva “assegurar-lhes o direito à moradia”:

§ 3º Não será concedido legitimação de posse aos ocupantes a serem realocados em razão da implementação do projeto de regularização fundiária de interesse social, devendo o poder público assegurar-lhes o direito à moradia.

Semelhante ao instituto tratado na Lei nº 6.383, aqui a legitimação da posse devidamente registrada “constitui direito em favor do detentor da posse direta para fins de moradia”, art. 59, *caput*.

Porém, diferentemente daquele, que ao final de 4 (quatro) anos somente permitia o direito à preferência a aquisição do imóvel, neste, o art. 60, *caput*, com redação dada pela Lei nº 12.424, de 2011, permite:

Art. 60. Sem prejuízo dos direitos decorrentes da posse exercida anteriormente, o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal.

É evidente que o dispositivo reconhece a função social que o particular exerce sobre o bem público e o premia com a transmissão da propriedade, visto que após dado período sob título legitimação da posse, basta “requerer diretamente ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade” (CASTILHO, 2010).

Como se percebe, a legislação especial “vem reconhecendo a posse, e não a detenção sobre bens públicos” (ARAÚJO, 2012, p. 115). Entretanto, é possível afirmar que a caracterização da posse dependeria do Estado conceder, por meio de um instrumento próprio, o uso privativo sobre a parcela de bens públicos. Cessada essa autorização, não caberia qualquer ação possessória em face do Estado.

Essa tese pode ser verificada na redação do art. 71 do Decreto-Lei nº 9.760, de 1942:

Art. 71. O ocupante de imóvel da União sem assentimento desta, poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil.

Parágrafo único. Excetuam-se dessa disposição os ocupantes de boa-fé, com cultura efetiva e moradia habitual, e os direitos assegurados por este Decreto-lei.

Porém, conforme se verifica no parágrafo único, é assegurada proteção possessória àquele que ocupou o imóvel de boa-fé, que nos moldes do Código Civil atual, art. 1.201, *caput*, quando o possuidor ignora o vício que impede a aquisição da coisa, ou seja, nas

circunstâncias ignora o caráter público do bem objeto da ocupação. Além disso, exerce a posse funcionalizada por meio de seu trabalho ou moradia.

Ainda assim, o dispositivo deve ser interpretado de acordo com os paradigmas previstos na Constituição atual, tendo como princípio fundante a valorização do ser humano e de seu trabalho.

É assim perceptível que a boa-fé “não deve ser analisada somente com base na existência de autorização do poder público”. Com o regime atual da Constituição de 1988, “não existe mais correlação absoluta entre o interesse público e o interesse da Administração”, entende Barbara Almeida de Araújo (2012, p. 118), que arremata:

Não se poderia entender como válida, cumpridora de função social, a propriedade pública abandonada, sem qualquer tipo de utilização por parte da Administração. Nesse caso, não seria mesmo válida a retirada do ocupante de bem público, a despeito da ausência de autorização, quando este estiver cumprindo a função social.

O inciso I do art. 561 do novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 2015, correspondente ao inciso I do art. 927 do Código anterior, reproduz a exigência que nas demandas possessórias incumbe ao autor o ônus de provar a sua posse: “Art. 561. Incumbe ao autor provar: I - a sua posse”. Ora, tal prova não efetiva com o título de propriedade, pois esta sequer pode ser reconhecida em juízo, conforme a regra do art. 557, do novo CPC.

Nesse dispositivo, Torres (2007, p. 333) comenta que a posse deve ser provada conforme “os ditames da justiça social, os princípios da dignidade da pessoa humana, da erradicação da pobreza e eliminação das desigualdades sociais”, isto é, a partir do caráter funcional da posse.

Entretanto, em vários julgados, prossegue o autor (2007, ps. 334 e 335), é perceptível que o Poder Judiciário tem interpretado que não caberia o exame desse importante requisito, visto que competiria apenas à Administração Pública, por meio de instrumentos como desapropriação e construção de conjuntos habitacionais, o exame do exercício da função social.

O problema dessa interpretação é que ainda se encontra arraigada às noções tradicionais de posse e propriedade (TORRES, 2007, p. 337), em que o foco das tutelas possessórias era a proteção do proprietário, ignorando os fatos subjacentes e a nova realidade social e jurídica que se constitui no caso concreto.

Desse modo, o fenômeno possessório sobre bem público pode ser examinado sob distinta prova que o fato existente pode ser garantido pelo direito, posto que satisfaz princípios constitucionais de elevada importância a toda relação jurídica, em especial para aqueles que se encontram em estado de necessidade.

CAPÍTULO 3– A ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE DE BEM PÚBLICO NO ÂMBITO DO DIREITO BRASILEIRO

No segundo capítulo foi observado que a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002 reconhecem implicitamente a posse sobre público, No primeiro, ao declarar os objetivos e a finalidade do Estado na gestão dos recursos públicos e noutro, ao afastar a lógica patrimonial quando em confronto com os valores existenciais que permeiam a função social da posse, comprovado pelo efetivo uso da coisa para fins de trabalho e moradia.

A legislação especial, por sua vez, não apenas reconhece a posse sobre bem público diante da ocupação irregular, uma vez satisfeitos certos requisitos, como proveu instrumentos próprios de proteção, como é o caso da legitimação da posse e da concessão de uso especial para fins de moradia.

No capítulo III, serão expostos os argumentos utilizados em julgados no âmbito da justiça local, no qual constarão o deferimento ou indeferimento da proteção jurídica da posse com função social de bem público

No deferimento, observar-se-á a relevância da segurança jurídica e o reconhecimento dos direitos fundamentais. No indeferimento, todavia, constatar-se-á a desproteção da posse sob o argumento que sua tutela somente pode ser deferida a seu legítimo proprietário, no caso, o Poder Público. Considerar-se-á ainda que o acesso aos direitos fundamentais será realizado por intermédio de políticas públicas e não na mera ocupação de bens públicos.

3.1 – Da Análise dos Argumentos Judiciais Favoráveis no Âmbito do TJDF

3.1.1 - TJDF. 3ª Turma Cível, APC-201201102567504. Acórdão n.816495. Relator Desembargador Mário-Zam Belmiro. Apelante: Joaquim Santana Caixeta, Patrícia Chaves de Faria, Jose Maria Martins, Ademar Barreira e Reis, Maria Aparecida Pires Maciel mesquita, Raimunda Barreira dos Reis, Francisca Nunes Sales, Lia Miranda, Cristiane Miranda Gomes, Jose Aristeu da Silveira. Apelado: DF Distrito Federal, AGEFIS (Agência de Fiscalização do Distrito Federal), Terracap (Companhia Imobiliária de Brasília). Data de Julgamento: 28/08/2014. Data da publicação: 08/09/2014.

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. EDIFICAÇÃO EM ÁREA PÚBLICA. DEMOLIÇÃO. CONSTRUÇÃO POR LONGO PERÍODO. RELATIVIZAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA. COBRANÇA DE IPTU/TLP. LEGALIDADE.

1. Mostra-se viável impedir a demolição de construção em área pública ou particular sem alvará para construção quando se trata de posse antiga, amparada pela demora desidiosa do Estado, em local onde houve a construção de um largo condomínio.

2. Incumbe ao ente público propor ação judicial cabível para reaver o bem a fim de possibilitar o contraditório e a ampla defesa.

3. É cabível a relativização do poder de polícia, embora reconhecido amplamente pelo Poder Judiciário, em respaldo à justiça social e à construção de uma sociedade mais justa e solidária, que visa erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais, segundo os objetivos e variados princípios da Carta Magna.

4. É pacífico o entendimento da jurisprudência quanto à cobrança de IPTU/TLP em condomínio irregulares, sendo sujeito passivo da cobrança o condomínio ou o detentor da posse da unidade loteada.

5. Recurso parcialmente provido. (grifei)

Os apelantes recorreram ao Judiciário sob o argumento que sofreram constante turbção por parte do Distrito Federal, Terracap e AGEFIS, com a derrubada de cercas, construções, portões e atos de vandalismo. Narraram que protocolaram pedido de regularização junto aos órgãos competentes, mas que esses se valeram da documentação para agravar o tributo IPTU/TLP. Alegaram que não eram invasores, pois haviam, cada um, pago pelo respectivo lote. Requereram, assim, a manutenção da posse, o desmembramento da gleba ocupada, a concessão de alvará de construção, entre outros pedidos.

No julgado da Terceira Turma, o Desembargador-relator considerou a legalidade da intimação demolitória, haja vista que as obras somente poderão ter início após o alvará de construção, conforme disciplina a Lei Distrital nº 1.172, de 24/07/1996. Sendo assim, agiria corretamente a autoridade pública, vez que se encontra no exercício regular do poder de polícia.

Entretanto, o caso se cinge de singularidade, posto que os ocupantes exerceriam os poderes de fato sobre o bem há mais de 22 (vinte e dois) anos, e o poder público quedou-se desidioso ao permitir por longo período a construção de um largo condomínio. No premente momento, o ente público se valia da alegação de ausência de alvará para demolir a residência.

Nesse sentido, entendeu o julgador que haveria o conflito entre o princípio da legalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse caso, decidiu:

A meu ver, no caso em questão, deve prevalecer a dignidade da pessoa humana e o direito à moradia, em detrimento do Código de Edificações. Realço que o direito à moradia, plasmado no artigo 6º, caput, da Carta de Outubro, foi erigido à estirpe de direito social, verbis: (...) (grifei)

O Relator considerou como preponderante para o julgamento o longo período pelo qual os ocupantes se encontravam no imóvel. Como foi observado em Venosa (2008, p. 25), a posse encerra um estado de aparência, pelo qual o tempo faz surgir presunções fáticas e jurídicas inevitáveis.

Ademais é possível visualizar nesse excerto que se conferiu proteção à posse, e não a mera detenção, o que inviabilizaria qualquer defesa à sua manutenção, diante do proprietário. Nesse ponto, corroborou com a teoria sociológica da posse de Saleilles (ARAUJO, 2010, p. 76), pelo qual a diferenciação entre posse e detenção seria compreendida não pela legislação, mas pelo desenvolvimento da sociedade e pelas necessidades econômicas.

Outrora, foi considerado como pressuposto da dignidade da pessoa humana, como tratado na Constituição de 1988, que o direito à moradia é ínsito à personalidade e distinto, portanto, à propriedade, como defendeu Sarlet (2013, p. 547). Corrobora também com o pensamento de Torres (2007, p. 376), a respeito do qual a posse pode ser meio de acesso a condição básica do ser humano “seja ela exercida em razão da titularidade ou não”.

O julgador também se valeu também dos princípios constitucionais para fundamentar seu entendimento:

Ressalto que, mesmo o exercício do poder de polícia, reconhecido amplamente pelo Poder Judiciário como um atuar discricionário da administração pública, não é absoluto, eis que deixou de ser praticado temporariamente, em alvedrio do decurso de um longo período. Assim, a manutenção dos autores no local é medida que se impõe, em homenagem a valores constitucionais que versam sobre a justiça social e a construção de uma sociedade mais justa e solidária, que visa erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais. (grifei)

Foi afirmado que a Constituição da República elege como valores superiores a justiça social, no qual objetiva provocar mudanças à realidade das classes menos favorecidas. A justiça dessa forma foi utilizada como fim da atuação do Poder Judiciário ao interpretar o ordenamento, em consonância com o pensamento de André Franco Montoro (2000, p. 125). Percebe-se também que foi utilizado também como fundamento a justiça como forma de *conceder maior atenção* as questões coletivas voltadas a redução das desigualdades (RAWLS, 1981, p. 96).

Desse modo, foi dado, por unanimidade, provimento parcial, ao recurso determinando que o poder público se abstinhasse de realizar qualquer ato que implicasse a demolição dos imóveis até o regular exercício do contraditório, em ação própria de reintegração.

3.1.2 – TJDF. 2ª Turma Cível. APC- 19980110458527. Acórdão n. 184403, Relator Desembargador Romão C. Oliveira. Apelante: Ivan Cardoso. Apelado: Distrito Federal e Terracap (Companhia Imobiliária de Brasília). Data de Julgamento: 26/03/2001. Data da publicação: 04/02/2004.

CIVIL E PROCESSUAL. POSSE EXERCIDA POR PARTICULAR SOBRE BEM PÚBLICO DOMINICAL - PROTEÇÃO POSSESSÓRIA. CABIMENTO.

1. Uma vez que a Constituição Federal proclama que ao Poder Judiciário há de ser submetida toda e qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), aquele que há mais de 1/4 de século vem ocupando imóvel, ainda que pertencente ao domínio público, tem direito de deduzir em juízo pedido de proteção possessória, mormente quando se verifica afronta à coisa julgada, eis que noutra oportunidade esse mesmo possuidor obteve tal proteção em ação de interdito proibitório ajuizada para repelir ato idêntico do Poder Público.

2. Provada a ameaça à posse, máxime, se velha e de boa-fé, procedente é a ação interdital.

3. Apelo provido. Recurso adesivo prejudicado.

O Apelante recorreu ao Judiciário em virtude que a Terracap, em julho de 1998, notificou-o a desocupar a área que residia em até 30 (trinta) dias, alegando ocupação irregular devido a inexistência de autorização.

O Relator do caso informou que o Apelante residia no imóvel, em posse mansa e pacífica, havia mais de 1/4 de século e no final da década de 70, obteve tutela favorável contra o Distrito Federal, em sentença confirmada pelo Egrégio Tribunal de Justiça em ação de interdito proibitório. Observou-se que naquele julgado ficou assentado que a entidade distrital não poderia retomar o imóvel por meio de meras notificações, antes determinando que se fizesse uso das vias judiciais próprias. Logo, o Relator julgou procedente o recurso, primeiro, seguindo critério da segurança jurídica:

Ora, se nos tempos das trevas, quando reinava o arbútrio, o Poder Judiciário tivera coragem de proteger o ora apelante, determinando que o Distrito Federal procurasse as vias judiciais próprias para reaver o imóvel que dizia indevidamente ocupado, com muito maior razão, nos dias atuais assim deve proceder o Estado-Juiz, quer porque a posse do apelante tornou-se velha, visível a olho nu há mais de 1/4 de século, quer porque o mesmo ato que o apelante pretende ver repellido, no passado, já o foi. Observe-se: após o decurso de mais de 20 (vinte) anos contados da publicação do acórdão já mencionado, não pode, todas as vênias pedidas, o Poder Judiciário retroceder e dar como bom ato da mesma natureza que anteriormente repelira. Se assim o fizesse, poria em risco a segurança das decisões judiciais, que, sabidamente, transforma branco em preto e redondo em quadrado. (grifei)

O Relator sustentou que a ocupação do Apelante estava visível à sociedade havia mais vinte anos. E, mais adiante em seu voto, nega o entendimento que a tese da insuscetibilidade da posse sobre bens públicos encontra respaldo na lei brasileira. Para isso faz juntar doutrina de José Carlos Moreira Alves, que demonstra que não há vedação no ordenamento jurídico desde a Constituição passada. Ao contrário, anteriormente a legislação previa “a legitimação da posse” no art. 171 da Emenda Constitucional de 1969:

Art. 171. A lei federal disporá sôbre as condições de legitimação da posse e de preferência para aquisição, até cem hectares, de terras públicas por aqueles que as tornarem produtivas com o seu trabalho e o de sua família.

A Lei nº 4.504/1964 (Estatuto da Terra) que previa, no art. 97, a existência de “legítimos possuidores de terras devolutas federais”, entre outros exemplos.

Nesse sentido, filiou-se ao entendimento de Maria Zanella Di Pietro (2013, p. 741) conforme esposado nesse trabalho, inclusive citando doutrina da administrativista, no sentido que os bens dominicais, no silêncio da lei, pertencem ao direito privado, e pelo qual admitem a posse com fundamento na legislação espeque.

Considerou, assim, que a posse pacífica e por longo tempo não constituía ato esbulhatório, como alegava os apelados, e caso esses desejassem reaver o imóvel deveria fazê-lo com o manejo de ação específica para isso, pelo qual a mera notificação a desocupação não era meio hábil cabível.

3.1.3 - TJDF. 2ª Turma Cível. APC- 2012011055657-0. Acórdão n. 799022. Relator Desembargador Sérgio Rocha. Apelante: Napoleão Arruda Lima. Apelado: Distrito Federal e outro. Data do julgamento: 04/06/2014. Data da publicação: 02/06/2014.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER – DEMOLIÇÃO – ÁREA PÚBLICA - CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA - MP 2.220/01 – CC 1.225 - INTIMAÇÃO DEMOLITÓRIA – NULIDADE - MANUTENÇÃO DOS OCUPANTES DO NO IMÓVEL.

1. Além das disposições legais clássicas relativas à posse e à propriedade, as normas urbanísticas vêm abrindo espaço para a regularização fundiária, mediante a inserção, no ordenamento jurídico nacional, de institutos aptos à concretização do direito social à moradia, com vistas ao efetivo cumprimento das funções socioambientais da cidade e da propriedade, principais objetivos da Política de Desenvolvimento Urbano Nacional, prevista na Constituição Federal (CF, 6º, 170, 182 e 183).

2. A concessão de uso especial para fins de moradia é direito real, além de um importante instituto apto à regularização fundiária em áreas públicas, que pode e deve ser aplicado quando presentes os requisitos legais (MP 2.220/01 e CC 1.225).

3. Comprovado o preenchimento de todos os requisitos necessários à concessão de uso especial para fins de moradia, é ilegal a intimação demolitória do imóvel, bem como a retirada dos ocupantes do local, salvo a possibilidade de realocação em outra área, caso seja demonstrada, pela Administração Pública, a impossibilidade de concessão de uso especial para fins de moradia na área atualmente ocupada, por razões de ordem urbanística.

4. Deu-se provimento ao apelo do autor, para declarar o seu direito à concessão de uso especial para fins de moradia, mantendo-o, juntamente com sua família, no imóvel ocupado. (grifei)

O apelante narrou que havia trabalhado em uma empresa de construção nos anos 60, cujo endereço havia oito lotes, a respeito dos quais os trabalhadores residiam até os

dias atuais. Em 21/03/2012, havia recebido visita de fiscais da AGEFIS, informando que em trinta dias a fiscalização voltaria para fazer a demolição das casas, posto que a região não era passível de regularização.

No julgamento do recurso, o Relator da 2ª Turma considerou que o crescimento desordenado dos grandes centros urbanos, em que se permeia a irregularidade das ocupações das classes mais pobres da população, passou a ser a regra.

Observou que a Constituição Federal, nos arts. 6º, 170, inciso III, e 180, dispôs a respeito da concretização da função social da cidade e da propriedade e a garantia do direito social à moradia. Por meio do Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, as normas urbanísticas permitiram regularização fundiária com institutos próprios, como é o caso da concessão de uso especial para fins de moradia, elencada no Código Civil de 2002, inciso XI do art. 1.225, acrescida pela Lei nº 11.481/2007, elevada à categoria de direito real: “Art. 1.225. São direitos reais:(...) XI - a concessão de uso especial para fins de moradia;”.

Entendeu que o recorrente havia satisfeito todos os requisitos para a concessão de uso especial para fins de moradia de imóvel público, conforme disciplinado na Medida Provisória nº 2.220/2001, posto que havia sido comprovado que, até 30/06/2001, havia possuído como sua área de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), por cinco anos, em região urbana, utilizando-a para fins de moradia, não sendo proprietário ou concessionário de outro imóvel.

Conforme apontado anteriormente por Carvalho Filho (2014, ps. 1201 e 1202), o juízo considerou que o instituto é direito do ocupante e dever do Estado que, uma vez satisfeitos os requisitos legais, deve conferir ao titular seu provimento. Consoante ao pensamento de Nelson Rosenvald (2013, p. 853) o fundamento do instrumento direito real de moradia em bens públicos é conferir a garantia do direito social à moradia, mesmo em bens públicos, pois inviabilizada sua manutenção na região, deve o Estado providenciar outro local, como entendeu o Relator:

No caso dos autos, foi constatado que o autor/apelante preenche todos os requisitos necessários à concessão de uso especial para fins de moradia, previstos no art. 1º da MP 2.220/01, impondo-se, assim, a declaração de nulidade da intimação demolitória do imóvel, bem como a manutenção do autor/apelante e de sua família no local, facultada à Administração Pública, tão somente, a sua realocação em outra área, caso seja demonstrada a impossibilidade de concretização do direito real no local atualmente ocupado, por razões de ordem urbanística. (grifei)

Em voto-vista, o Eminentíssimo Desembargador Mário-Zam Belmiro negou a configuração do direito real de moradia, porque entendia que a área ocupada encontrava-se em setor industrial, o que não permitia a aplicação da Medida Provisória nº 2.220/2001. Por sua vez, não seguia o argumento que o Estado deveria ofertar outro imóvel aos administrados, que ocupavam, em tese, imóvel irregular. Assim, julgava apenas que o Poder Público deveria ingressar com ação própria com fim de permitir a demolição do imóvel, posto que esse havia sido construído há muito tempo.

Ainda assim, voto do Eminentíssimo Relator foi vencedor, por maioria, assegurando o direito real de moradia em área pública, ou caso não fosse possível, que o Poder Público providenciasse a realocação da família em outro local.

3.2 Da Análise dos Argumentos Judiciais Contrários no Âmbito do TJDF.

3.2.1 - TJDF. 6ª Turma Cível AGI-20130020226065. Acórdão n.730982. Relatora Desembargadora: Ana Cantarino. Apelante: Onildo Amaral da Silva. Apelado: Agência de Fiscalização do Distrito Federal (AGEFIS). Data de Julgamento: 30/10/2013. Data da Publicação: 12/11/2013.

PROCESSO CIVIL. CONSTRUÇÃO IRREGULAR EM ÁREA PÚBLICA. INTERESSE PÚBLICO.

1. A tolerância do Poder Público com outras invasões e a necessidade de proteção do direito de moradia de ocupante de terras públicas não podem ser invocadas como pretexto para permanecer no local, porquanto este tinha ciência de que o lote era irregular e de que qualquer edificação deveria ser precedida do respectivo alvará, conduta negligenciada pela parte.

2. A mera tolerância do poder público durante o tempo em que o morador residiu irregularmente em área pública, não legitima a permanência no local, porquanto, tratando-se de bem público, não há se falar em posse, mas em mera ocupação.

Recurso conhecido e desprovido. (grifei)

O recorrente havia movido ação específica com pedido de liminar em resultado de intimação de demolição proposta pela AGEFIS em 25/07/2013. Alegava que era o legítimo possuidor do imóvel e residia no local com sua genitora e oito irmãos desde 2002.

O julgador considerou que a mera ocupação no imóvel decorre da tolerância do Poder Público e adverte que sobre seus bens, devido a sua natureza, exerce a posse indireta em caráter permanente.

Em virtude disso, declarou que a relação jurídica travada revelou ser de mera detenção, pois sobre bem público. Interessante que sobre a alegação da posse sobre o imóvel, a douta Relatora assim se manifestou: “Acrescento que não é verídica a afirmação do agravante de que é senhor e possuidor da área em litígio, pois o imóvel é de propriedade do Distrito Federal, não sendo, portanto, detentor do domínio”.

Logo se percebe que a justificação para o indeferimento da medida se fundamenta no entendimento que o Poder Público exerce a posse permanente sobre seus bens e que devido o fato do possuidor não ostentar a propriedade sobre a área, posto que pertencem ao Distrito Federal, não lhe assiste a tutela possessória.

Percebe-se o instituto posse se encontra inevitavelmente ligado à propriedade, sendo que os interditos somente serão cabíveis quando houver autorização de uso por parte do Distrito Federal.

Entretanto, como se tem nesse defendido, a posse alcança o caráter autônomo da propriedade e que em virtude do caráter social que se apresenta, poderia ser proposta contra o poder público independente de assumir a condição de proprietário.

É bem verdade que o Estado jamais poderá ser conivente com famigeradas invasões, que a despeito da inércia e da falta de fiscalização, contrariam o direito e a ordem social, pois o faz em detrimento do restante da sociedade

Porém, não seria devido a impossibilidade jurídica da posse sobre bem público que haveria de ser negada a tutela possessória, como também propõe Carvalho Filho (2014, p. 1172), mas sim que aquela ocupação, por seu caráter fugaz não alcançou a aparência do direito necessária a permitir sua configuração

E mais: em razão do caráter transitório da ocupação, com a análise dos elementos presentes no caso, pode-se defender que a posse, como tratado na legislação brasileira, “instrumento essencial de satisfação das necessidades humanas, seja ela exercida em razão da titularidade ou não” (TORRES, 2007, p.376), não alcançou o status de sua funcionalidade, apto a veicular e garantir a satisfação de direitos fundamentais, como o acesso à moradia.

3.2.2 - TJDF. 2ª Turma Cível. APC- 20010110426340. Acórdão n. 901355. Relator Desembargador João Egmont. Apelante: Irineu Horn, Paulo Jose Da Silva, Júlio Rodrigues De Sousa, Antônio Salviano Leite. Apelado: Terracap (Companhia Imobiliária De Brasília), Antônio Itabaiana de Moura, Juliano Itabaiana de Moura, Pedro Alves dos Santos, Raimundo Nonato de Sousa Santos, Luiz Gonzaga Silveira Freire, Jose Neri, Alcimar Dias Rocha, Joao Paulo de Alcântara Neto, Julita Maria de Sousa Santos, Josias Alves dos Santos, Silvino Correia dos Santos, Marcos Coimbra Bonfim, Eleomar Cazario de Oliveira, Dulcinete de Souza Marais Alves, Maria Aparecida Goncalves dos Reis, Ubiratan Ferreira dos Reis, Antônia Maria Dionizio Eufrázio, Dalva Maira Lima, Maria das Dores Amaral, Antônio Teodoro de Carvalho, João Adrado Gonçalves dos Santos, Jose Ribeiro do Nascimento Filho, Inácio Florêncio da Silva, Jose Alves de Sousa. Data de Julgamento: 21/10/2015. Data da publicação: 27/10/2015.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. OPOSIÇÃO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INTERESSE DE AGIR. CITAÇÃO POR EDITAL. DIREITO DE MORADIA. IMÓVEL PÚBLICO. TERRACAP. MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. ORDENAMENTO URBANO ADEQUADO. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. MERA OCUPAÇÃO. GRATUIDADE INDEFERIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Cuida-se de oposição proposta pela TERRACAP em ação de reintegração de posse. 1.1. Na sentença, restou acolhido o pedido deduzido na oposição para deferir à TERRACAP a reintegração da posse sobre o imóvel situado na chácara 16 da Colônia Agrícola Vereda da Cruz, e a reintegração de posse foi julgada improcedente. 1.2. Na apelação foram suscitadas preliminares de falta de interesse de agir e de nulidade da citação por edital. 1.3. No mérito, os recorrentes pediram a improcedência da oposição. 1.4 Para Humberto Theodoro Junior, citando Alfredo Buzaid, considera: "O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual "se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais"(citando Alfredo Buzaid, Agravo de Petição, nº. 39, p. 88/89)."

2. Preliminar de falta de interesse de agir rejeitada. 2.1. O interesse processual decorre da presença do binômio necessidade-utilidade da intervenção judicial, além da adequação da eleita. 2.2. O fato de a área ser passível de regularização não retira da autora o interesse em obter pronunciamento jurisdicional favorável, direcionado à sua imissão na posse.

3. Citação editalícia válida. 3.1. O artigo 231, inciso II, do CPC prevê que Far-se-á a citação por edital: (...) II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar. 3.2. Os meios de localização foram esgotados, diante das inúmeras tentativas dos oficiais de justiça, não restando outra alternativa senão a citação dos recorrentes por edital, em estrita observância ao referido diploma legal.

4. Restou incontroverso nos autos que a área litigiosa está localizada dentro dos limites dos títulos de propriedade apresentados pela TERRACAP, constando inclusive do laudo pericial suplementar. 4.1. A matéria de fundo devolvida ao

conhecimento desta Corte limita-se em saber se o direito de moradia dos ocupantes da região pode ser invocado como obstáculo ao direito de propriedade da autora.

5. O direito à moradia, previsto no art. 6º, caput, da Constituição Federal, não é absoluto, como de resto nenhum direito é absoluto, a não ser em hipóteses excepcionais. 5.1 No caso dos autos, a necessidade de desenvolvimento sustentável impõe a prevalência dos direitos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, caput, da Lei Maior) e ao adequado ordenamento urbano (art. 182, caput, da Carta Política).

6. Em se tratando de bem público, o uso exclusivo por particular deve ser por meio de uma das figuras previstas no Direito Administrativo (concessão, permissão ou autorização). 6.1 A mera ocupação jamais poderá levar ao reconhecimento da posse. Ademais, ainda que houvesse posse, tal circunstância não teria o condão de afastar a atuação do Poder Público.

7. Precedentes: 8.1. Do direito constitucional à moradia não emerge o dever de o Estado fornecer a toda e qualquer pessoa um imóvel, mas de implementar políticas públicas voltadas a atender a uma comunidade, por intermédio de planos habitacionais, competindo aos interessados sua inscrição e participação nos programas sociais em conformidade com o legalmente estabelecido. 2 - Na ponderação de valores constitucionais, o direito à moradia não pode se sobrepor ao interesse e direito da coletividade em possuir um meio ambiente equilibrado (art. 225, caput, da Constituição Federal) e um adequado ordenamento urbano (art. 182, caput, da Constituição Federal), sob pena de grave desequilíbrio do sistema normativo de regulação social. 3 - A ausência ou insuficiência de políticas públicas voltadas à outorga do direito social de moradia não autoriza a ocupação terreno público, nem a edificação, sem autorização administrativa ou planejamento do desenvolvimento urbano da cidade (20120110573975APC, Relator Alfeu Machado, 3ª Turma Cível, DJE 12/02/2015).

8. Inviável a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça quando nem a própria Curadoria de Ausentes sabe a real condição da situação financeira dos representados.

9. Recurso improvido. (grifei)

Em processo em que particulares pretendiam a reintegração de posse de imóvel, foi julgada procedente, na primeira instância, a oposição apresentada pela Terracap (Companhia Imobiliária de Brasília), reconhecendo seu direito sobre o imóvel, julgando, em contrapartida, improcedente a reintegração ajuizada pelos particulares.

Na seara recursal, os recorrentes alegavam que adquiriram os terrenos de boa-fé pretendiam a reforma da sentença com fundamento no direito à moradia, bem como aos princípios da proteção da confiança, da dignidade da pessoa humana e da função social da moradia. Aduzem que ocupam o imóvel há 10 (dez) anos e por várias vezes a regularização da área foi abordada.

Por meio dos documentos constantes nos autos, foi comprovado que a área litigiosa estava circunscrita nos limites da propriedade Terracap. Assim, a matéria a ser decidida pela Corte estava em saber se o direito à moradia poderia ser invocado como anteparo ao exercício da propriedade do Distrito Federal.

No julgamento, considerou que o direito à moradia não é absoluto. Embora seja dever do Estado promover a moradia, entende-se que a Administração não pode aplicar o dispositivo em situação que a lei não contempla.

Verificou-se que os particulares não detinham de qualquer licença do Poder Público para a ocupação e, no caso do uso exclusivo desses bens por particulares, somente seria possível sua ocupação se houvesse aquiescência do ordenamento, por meio de figuras clássicas do Direito Administrativo (concessão, permissão ou autorização). Em se tratando de ocupação irregular, não há ação possessória a ser tutela pelo Judiciário.

Em que pese as razões do Eminentíssimo Julgador, como verificado no item 2.3 dessa pesquisa, explicitamente a legislação pode permitir a ocupação de terras públicas, ainda que sua origem seja irregular, como é o caso da legitimação da posse, previsto na Lei nº 6.383/76, e a regularização fundiária de área urbana para fins de moradia, estabelecido na Lei nº 11.977/2009.

Ademais, é preciso atentar, como visto, que a legislação especial “vem reconhecendo a posse, e não a detenção sobre bens públicos” (ARAUJO, 2012, p. 115), em resultado que os institutos clássicos do direito estão passando por uma necessária revisão à luz dos princípios constitucionais, voltados à perspectiva funcional (LOBO, 1999).

Nessa concepção, ainda que a propriedade seja de titularidade do Poder Público, a análise recairia não na possibilidade da Administração ter efetuado algum negócio jurídico prévio com o ocupante, mas se o bem público, objeto do litígio, estaria cumprindo sua função social, que no caso dos bens públicos dominicais não poderia ser presumida (COUTINHO, 2009).

Se a posse alegada pelos ocupantes estivesse estabilizada para a sociedade, após longos anos de uso, e houvesse comprovação que esses bens seriam veículos hábeis à satisfação de direitos fundamentais das classes menos favorecidas, em atenção a sua função social (TORRES, 2007, ps. 361 e 403).

Presentes esses requisitos, a posse poderia ser garantida em função de atender à dignidade da pessoa humana, mesmo em detrimento dos interesses patrimoniais da

Administração Pública (ARAUJO, 2012, p. 112). O preceito da legalidade seria igualmente contemplado, pois a tutela possessória seria atendida fundada no Código Civil, à luz das teorias sociológicas (FIGUEIRA JUNIOR, 2013, p. 1.138).

3.2.3 - TJDFT. 4ª Turma Cível. APC- 20070111053550. Acórdão n. 920620 Relator Desembargador Arnaldo Camanho de Assis. Apelantes e Apelados: Lilian De Sousa Melo Miyashiro, Renato Schmidt Miyashiro, Terracap (Companhia Imobiliária de Brasília). Data de Julgamento: 03/02/2016. Data da publicação: 24/02/2016.

ADMINISTRATIVO, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REIVINDICATÓRIA. BEM PÚBLICO. IMÓVEL PERTENCENTE À TERRACAP. MERA DETENÇÃO POR PARTICULARES. ACESSÕES. INDENIZAÇÃO E RETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Se a Terracap comprovou a propriedade sobre o bem ocupado pelos réus e se estes não demonstraram ter sido beneficiados por concessão ou permissão de uso ou qualquer outro título que lhes assegure direito de posse, cabível a imissão da empresa pública na posse do bem.

2. A ocupação exercida sobre terra pública, sem qualquer título que a legitime, ainda que tolerada por anos pelo Poder Público, caracteriza mera detenção, porquanto a posse só pode ser reconhecida a quem se comporta como proprietário. Consoante assentado pela jurisprudência do colendo STJ, não há como reconhecer a posse a quem, por proibição legal — terras públicas são insuscetíveis de aquisição por usucapião —, não possa ser proprietário. Dessa afirmação, surge a conclusão de que as acessões e as benfeitorias úteis e necessárias feitas em bem público, ainda que de boa-fé, não são indenizáveis, nem tampouco dão direito à retenção do imóvel, porquanto esses direitos são reconhecidos apenas aos possuidores.

3. Apelo dos réus não provido. Recurso adesivo da autora provido. (grifei)

A Terracap havia ajuizado ação reivindicatória em face dos apelantes, pelo qual foi julgada parcialmente procedente em primeira instância, determinando a retomada do imóvel, mas garantindo a indenização por acessões e benfeitorias presentes no imóvel, assegurando o respectivo direito de retenção até o seu respectivo pagamento.

Em sede recursal, os apelantes alegaram que permaneceram no imóvel público há mais de trinta anos e que haviam requerido sua regularização junto à Fundação Zoobotânica do Distrito Federal. Em convocação do Secretário de Estado de Agricultura do DF, publicado no Diário Oficial em 10/11/2010, os apelantes declararam interesse na regularização da área, tendo assinado termo de regularização da unidade por eles ocupada.

O Relator do caso deu provimento ao recurso da Terracap, desobrigando-o do pagamento das respectivas indenizações. Em suas razões, expõe:

A ocupação exercida sobre terra pública, sem qualquer título que a legitime, ainda que tolerada por anos pelo Poder Público, caracteriza mera detenção, porquanto a posse só pode ser reconhecida a quem se comporta como proprietário. Consoante assentado pela jurisprudência do colendo STJ, não há como reconhecer a posse a quem, por proibição legal - terras públicas são insuscetíveis de aquisição por usucapião -, não possa ser proprietário. Dessa afirmação, surge a conclusão de que as acessões e as benfeitorias úteis e necessárias feitas em bem público, ainda que de boa-fé, não são indenizáveis, nem tampouco dão direito à retenção do imóvel, porquanto esses direitos só podem ser reconhecidos quando caracterizada a posse. (grifei)

Percebe-se que, afirma-se que toda e qualquer ocupação irregular não prescindido de autorização pela Poder Público afigura-se como uma situação irregular, cuja atuação administrativa se converte tolerância e relação jurídica travada sobre sob os bens caracteriza-se como mera detenção, na mesma linha de raciocínio do julgado anterior. O que difere, contudo, é o douto julgador se valeu também da vinculação do direito a usucapir ao direito à posse.

Conforme apontado no final do item 2.3, defende-se que o direito à posse difere do direito à usucapião, sendo que essa relação não é necessária, mas apenas um dos *efeitos possíveis* que a posse pode assegurar ao objeto da relação. Aquele que exerce a posse indireta jamais irá angariar o bem por usucapião, pois o possuidor direto mantém sua qualidade (art. 1.197, CC). Como observado por Di Pietro (2013, p. 741), apesar de a Constituição anterior, de 1967, vedar a usucapião de bens públicos, não proibiu a legitimação da posse, prevista na Lei nº 6.383/76.

Desse modo, é possível afirmar que não há vinculação necessária entre o direito à posse e o direito a usucapir, o que implica dizer que não há impedimento ao exercício da posse sobre bem público em virtude da impossibilidade de usucapião sobre bens públicos (Di Pietro, 2013, p. 741).

CONCLUSÃO

Foi analisado no presente trabalho a possibilidade jurídica da proteção da posse irregular sobre bem público. Foi possível perceber que a posse pode ser invocada e protegida pelo ordenamento, mesmo diante da ocupação irregular sobre bem público.

Verificou-se que o princípio da função social da posse está presente de modo implícito na legislação brasileira e que, quando reconhecido e aplicado é capaz de se tornar veículo de acesso à efetivação dos direitos fundamentais.

Tal situação não figura apenas no exercício da posse sobre o bem privado, mas se sustenta que é possível sua incidência sobre o bem público quando ocupado irregularmente pelo particular. Nessa perspectiva, a função social do ente público não se presume, mas é verificada caso a caso, quando a coisa não se encontra afeta a uma finalidade pública específica.

No primeiro capítulo foram apresentadas as teorias de justiça e sua influência nas relações jurídicas, com ênfase à justiça social como elemento de estabilidade geral. Foi verificado, por sua vez, que a análise pela função social pressupõe uma perspectiva diferenciada a respeito de institutos clássicos do direito civil, como é o caso da posse. Ao reconhecer sua posição jurídica de princípio, atua como vetor interpretativo, na medida em que considera a posse como meio de acesso a bens jurídicos fundamentais.

As teorias sociológicas defendem a autonomia da posse em relação à propriedade, e em sua aplicação contemporânea é possível afirmar que a posse qualificada pela função social se torna um direito a ser reconhecido e protegido pelo sistema normativo.

No segundo capítulo foi observado que a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002 reconhecem implicitamente a posse sobre público. No primeiro, ao declarar os objetivos e a finalidade do Estado na gestão dos recursos públicos e noutro, ao afastar a lógica patrimonial quando em confronto com os valores existenciais que permeiam a função social da posse, comprovado pelo efetivo uso da coisa para fins de trabalho e moradia.

A legislação especial, por sua vez, não apenas reconhece a posse sobre bem público diante da ocupação irregular, uma vez satisfeitos certos requisitos, como proveu instrumentos próprios de proteção, como é o caso da legitimação da posse e da concessão de uso especial para fins de moradia.

Foi verificado que o tribunal local ao declarar a impossibilidade da posse sobre bem público, o faz sob considerando a posse sob a perspectiva da teoria clássica de Ihering, ao conferir a posse somente aquele que detém a propriedade a entidade ou pessoa jurídica de direito público.

Em contrapartida, alguns julgados reconhecem determinados direitos possessórios à ocupação irregular que se consolidou por considerável tempo, como a propositura de ação específica para retomada do bem e a retenção de benfeitorias. Já se reconheceu também a impossibilidade de reintegração movida pelo Poder Público quando o ocupante já havia cumprido determinados requisitos para a concessão de uso especial para fins de moradia.

Conclui-se diante dos argumentos doutrinários, legais e jurisprudenciais expendidos pela validade da hipótese eleita ao problema proposto.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. Uma Breve Proposta de Reconciliação do Homem com a Natureza, Através da Posse e da sua Função Social, sob a Perspectiva da Análise Econômica do Direito. Revista de Direito da Cidade - Vol. 4, Nº2. Rio de Janeiro: Editora Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/9721>>. Acesso em 12/12/2015.

ALEXYY, Robert. Conceito e validade do direito. Trad. Gercelia' Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 13ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARAUJO, Barbara Almeida. A posse dos bens públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARROSO, Luís Rorberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 3 edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

BETIOLI, Antônio Bento. Introdução do direito, 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

BERBERI, Marco Antonio Lima. Os princípios na teoria do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Teorias sobre a justiça: apontamentos para a história da filosofia do direito. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Trad. Fernando Pavan Batista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru/SP: EDIPRO, 2001.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. TJDFT. 3ª Turma Cível, APC-201201102567504. Acórdão n.816495. Relator Desembargador Mário-Zam Belmiro. Apelante: Joaquim Santana Caixeta, Patrícia Chaves de Faria, Jose Maria Martins, Ademar Barreira e Reis, Maria Aparecida Pires Maciel mesquita, Raimunda Barreira dos Reis, Francisca Nunes Sales, Lia Miranda, Cristiane Miranda Gomes, Jose Aristeu da Silveira. Apelado: DF Distrito Federal, AGEFIS (Agência de Fiscalização do Distrito Federal), Terracap (Companhia Imobiliária de Brasília). Data de Julgamento: 28/08/2014. Data da publicação: 08/09/2014. Disponível em <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em 17/03/2016.

BRASIL. TJDFT. 2ª Turma Cível. APC- 19980110458527. Acórdão n.184403, Relator Desembargador Romão C. Oliveira. Apelante: Ivan Cardoso. Apelado: Distrito Federal e Terracap (Companhia Imobiliária de Brasília). Data de Julgamento: 26/03/2001. Data da publicação: 04/02/2004. Disponível em <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em 02/03/2016.

BRASIL. TJDFT. 2ª Turma Cível. APC- 2012011055657-0. Acórdão n. 799022. Relator Desembargador Sérgio Rocha. Apelante: Napoleão Arruda Lima. Apelado: Distrito Federal e outro. Data do julgamento: 04/06/2014. Data da publicação: 02/06/2014. Disponível em <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em 02/03/2016.

BRASIL. TJDF. 6ª Turma Cível AGI-20130020226065. Acórdão n.730982. Relatora Desembargadora: Ana Cantarino. Apelante: Onildo Amaral da Silva. Apelado: Agência de Fiscalização do Distrito Federal (AGEFIS). Data de Julgamento: 30/10/2013. Data da Publicação: 12/11/2013. Disponível em <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em 20/03/2016.

BRASIL. TJDF. 2ª Turma Cível. APC- 20010110426340. Acórdão n. 901355. Relator Desembargador João Egmont. Apelante: Irineu Horn, Paulo Jose Da Silva, Júlio Rodrigues De Sousa, Antônio Salviano Leite. Apelado: Terracap (Companhia Imobiliária De Brasília), Antônio Itabaiana de Moura, Juliano Itabaiana de Moura, Pedro Alves dos Santos, Raimundo Nonato de Sousa Santos, Luiz Gonzaga Silveira Freire, Jose Neri, Alcimar Dias Rocha, Joao Paulo de Alcântara Neto, Julita Maria de Sousa Santos, Josias Alves dos Santos, Silvino Correia dos Santos, Marcos Coimbra Bonfim, Eleomar Cazario de Oliveira, Dulcinete de Souza Marais Alves, Maria Aparecida Goncalves dos Reis, Ubiratan Ferreira dos Reis, Antônia Maria Dionizio Eufrázio, Dalva Maira Lima, Maria das Dores Amaral, Antônio Teodoro de Carvalho, João Adrado Gonçalves dos Santos, Jose Ribeiro do Nascimento Filho, Inácio Florêncio da Silva, Jose Alves de Sousa. Data de Julgamento: 21/10/2015. Data da publicação: 27/10/2015. Disponível em <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em 19/03/2016.

TJDF. 4ª Turma Cível. APC- 20070111053550. Acórdão n. 920620 Relator Desembargador Arnaldo Camanho de Assis. Apelantes e Apelados: Lilian De Sousa Melo Miyashiro, Renato Schimdt Miyashiro, Terracap (Companhia Imobiliária de Brasília). Data de Julgamento: 03/02/2016. Data da publicação: 24/02/2016. Disponível em <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em 12/03/2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição federal anotada. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Inocêncio Mártires. Evolução do constitucionalismo brasileiro pós-88. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, ps. 61-65.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Princípios de direito. Coimbra: Rés, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função social da propriedade pública. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Direito administrativo. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DIMOULIS, Dimitri (Org.); VIEIRA, Oscar Vilhena (Org.). Estado de direito e o desafio do desenvolvimento. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico, Volume 2. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Curso de direito civil brasileiro, v. 4: direito das coisas. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. Direito civil: direito das coisas. 2ª Ed. São Paulo: Nelpa, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 10ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das coisas, v. 5. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HART, Herbert L. A. O conceito de direito. 5ª edição. Trad. Armino Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calote Gulenkian, 2007.

HELENA, Eber Zoehler Santa. Justiça distributiva na Teoria da Justiça como Equidade de John Rawls. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 178, Revista de informação legislativa, v. 45, n. 178, abr./jun. 2008, abr./jun. Brasília: SEGRAF, 2008. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176536>>, acesso em 29/02/2016.

HERVADA, Javier. O que é direito? A moderna resposta do realismo jurídico: uma introdução ao direito. Trad. Sandra Marta Dolinsky. São Paulo : WMF: Martins Fontes, 2006.

IHERING., Rudolfo Von. Teoria Simplificada da Posse. Trad. Pinto de Aguiar, 3ª ed. revista. Bauru, SP: 2008.

KAUFMANN, Arthur. Filosofia do Direito. Trad. de António Ulisses Cortes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

LEDUR, José Felipe. A realização direito ao trabalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. Revista de Informação Legislativa, a. 36, n. 141, jan./mar. Brasília: SEGRAF, 1999. Disponível em <[http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?se quencia=4](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?se%20quencia=4)>, acesso em 17/09/2015.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado, Tomo X. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves, 1ª edição. Campinas: Bookseller, 2000.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

OLIVEIRA, Rui Barbosa de. Oração ao moços e O dever do advogado. Leme/SP: CL EDIJUR, 2014.

PONTES, Tito Lívio. Da posse: prática, doutrina, jurisprudência e legislação. 3ª ed. São Paulo: Interlex, 2002.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Trad. de Vamireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

_____. Justiça como equidade: uma reformulação. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das coisas. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RICOER, O justo ou a essência da justiça. Trad. de Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Casimiro, 1995.

RODRIGUES, Manuel. A posse: estudo de direito civil português. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: direitos reais, Volume 5. 9ª ed. Salvador: JusPODVIM, 2013.

ROSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Trad. de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2011.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. Justiça distributiva, pluralismo e igualdade complexa: as esferas da justiça de Michael Walzer. In: Lopes, Carla Patrícia Nogueira; Sampaio, Marília de Ávila e Silva. As faces da justiça: análise das teorias contemporâneas de justiça. 1 ed, Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

SIDOU, J. M. Othon. Dicionário Jurídico, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

SILVA, Leonardo Cardoso e. A posse e os instrumentos processuais para a sua defesa. Processo civil: procedimentos especiais. Rio de Janeiro: EMERJ, 2012. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/10/processocivil_163.pdf>. Acesso em 05/04/2016.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 4: coisas. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. O Princípio da Função Social no Direito Civil contemporâneo. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Coord.). Direito & Justiça Social. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

TORRES, Marcos Alcino. A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social. São Gonçalo, RJ: Lumen Juris, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.